

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



TESIS DOCTORAL

El juicio de unidad del mercado nacional

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Roberto Rosino Calle

Director

Javier García Roca

Madrid, 2017

© Roberto Rosino Calle, 2016

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL



UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID

TESIS DOCTORAL

El juicio de unidad del mercado nacional

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Roberto Carlos Rosino Calle

Director

Javier García Roca

Madrid, 2015

A mi familia

AGRADECIMIENTOS

Es peligroso Frodo cruzar tu puerta. Pones tu pie en el camino y si no vigilas tus pasos nunca sabes a dónde te pueden llevar.

JRR Tolkien, *El Señor de los Anillos. La Comunidad del Anillo*

Me resulta costoso hacer un reconocimiento público de todos aquéllos que han hecho posible este estudio. Ha sido un viaje muy largo en el que he tenido ocasión de conocer a un gran número de personas. No puedo –no debo– hacer una foto fija de algo que sigue estando vivo. Sigo necesitando la ayuda de mucha gente que merecería un lugar más destacado en estas líneas. Especialmente la de aquellos que ya no viven en esta tierra. Por eso he preferido adoptar un estilo descriptivo, al modo de las novelas épicas, limitándome a presentar a los protagonistas de una aventura en tres partes.

La primera parte de una historia suele dedicarse al personaje principal, a sus orígenes y rasgos principales. En este caso, el umbral de aquella puerta se encuentra en Segovia. Detrás de la misma espera mi FAMILIA, a la que va dirigido mi primer agradecimiento. Algunos miembros han tenido que marcharse, pero mi abuela sigue refiriéndose a todos –ausentes y presentes– cuando comenta que, a su juicio, somos “buenos como el Pan bendito, pero un poco desastrosos”. No se me ocurre una frase mejor. Doy gracias a Dios por su sencillez y su habilidad para aceptar las contrariedades con paciencia, sabiendo que siempre habrá fruto. Quisiera poder demostrarles mi agradecimiento aprendiendo a servir como he visto en casa. Me ilusiona pensar que quizás algún día logre alcanzar la categoría humana de cada uno de ellos.

El segundo agradecimiento es para JAVIER. Él abrió la puerta y me invitó a empezar a andar. La aventura propiamente dicha empezó en Madrid y tenía un objetivo más o menos conciso. Pero nunca se me dieron bien los mapas y me temo que durante la tesis me adentré en vericuetos que me han llevado a un lugar y destino distintos de lo que habíamos previsto. Me gustará tener un rato y preguntarte cómo acabamos en este paraje de la integridad del espacio económico nacional. Gracias por tu paciencia infinita y tu apoyo más allá del ámbito académico.

Por diversas razones, la última parte de este viaje acontece en Cartagena. Es una ciudad antigua, con gente de carácter. La cantidad de fortalezas militares que la rodea invita a emprender nuevas aventuras. Visto con perspectiva, no se me ocurre un escenario mejor para todos los cambios vividos durante estos años. También aquí hay un nombre: PERICO. Jamás le ha interesado el Derecho y sería incapaz de decir en qué consiste mi tesis, pero tiene mucho que ver con el hecho de que hoy escriba estas líneas. Él sabe mejor que nadie que esta historia mantuvo el suspense hasta el último momento. Estoy convencido de que le alegra que haya terminado así. Y ahora puedo decirle que a mí también.

Queda poco espacio y muchas deudas de gratitud pendientes. Me temo que apenas podré hacer mención de algunas personas que componen la intrahistoria de este relato. Esta tesis nunca habría salido a la luz sin las siguientes personas.

GUADALUPE. Por su compañía. Por la paz que me transmite. Por hacer sencillo lo que en un momento dado parecía una locura. Por vigilar mi descanso cada noche. Por muchas razones, ella es la dueña de este trabajo.

Los AMIGOS cercanos. Algunos me acompañan desde Segovia, aunque geográficamente estemos cada vez más lejos de allí; NACHO se unió en Madrid y me acompañó en mi alistamiento; el grupo del “César Carlos”, que merecería su propio capítulo; JOSÉ LUIS Y VIRGINIA, quienes de primeras me incorporaron a su familia; y los propios de Cartagena, que abarcan desde Zaragoza hasta Lorca. A todos, gracias por vuestra paciencia, pero especialmente, por vuestras risas.

Los miembros del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, y los del Instituto de Derecho Parlamentario. Mi especial agradecimiento a IGNACIO, quien lleva años ayudándome con una prontitud que siempre me ha sorprendido.

Todos los compañeros del Centro Universitario de la Defensa en San Javier. Pido a Dios que no me acostumbre nunca a la cercanía en el trato que me dispensan diariamente sin atender a etiquetas tales como las categorías laborales. Sois muchos, pero sólo diré un nombre: PEDRO.

Quienes comparten conmigo las aventuras del Club ESTAY cada día. Tengo la impresión de que habéis sufrido mayores desvelos que yo mismo para alcanzar este resultado.

El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y el Instituto Nacional de Administración Pública. Su apoyo económico me ha permitido costear esta investigación.

Todos y cada uno de los que mereceríais un reconocimiento expreso en estas páginas. Espero que no toméis el silencio como una falta de cariño, sino como un medio para evitar que éste se difumine en el anonimato de un texto que poca gente se decidirá a leer. Estoy en deuda con todos vosotros y espero poder demostraros mi gratitud en el trato personal. Al cabo, obras son amores y no buenas razones.

“The student closes his notebook, sells his Law books, and resolves to take up some easy study, like nuclear physics or higher mathematics”

Sir Robert Garran, Australian Solicitor-General, al referirse a la hipotética reacción de un estudiante al descubrir la complejidad del control sobre la integridad del espacio económico nacional¹

¹ Citado en VILLALTA PUIG, Gonzalo: *The High Court of Australia and the section 92 of the Australian Constitution*, Thomson Reuters Lawbook Co., Sidney, 2008, p. 31.

ÍNDICE

RESUMEN.....	14
SUMMARY	18
INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA.....	22
1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	22
2. PRECISIONES CONCEPTUALES	25
2.1 <i>Unidad económica: principio de unidad de la política económica.....</i>	<i>28</i>
2.2 <i>Unidad económica: principio de unidad de mercado</i>	<i>34</i>
2.2.1 Igualdad de las condiciones de ejercicio de la actividad económica.....	37
2.2.2 Libre circulación de personas y bienes.....	39
2.3 <i>Juicio de unidad: la cuestión de la jurisdicción competente.....</i>	<i>43</i>
2.4 <i>Integración económica y mercado nacional: ¿un único juicio de unidad?</i>	<i>52</i>
2.4.1 Modelos “independientes”	54
2.4.2 Modelos “dependientes”	56
3. PRECISIONES METODOLÓGICAS.....	63
3.1 <i>Metodología comparada: el modelo norteamericano.....</i>	<i>63</i>
3.2 <i>Análisis jurisprudencial.....</i>	<i>65</i>
3.3 <i>Alcance material de la investigación.....</i>	<i>66</i>
“E PLURIBLUS UNUM”: LA INTEGRIDAD DEL ESPACIO ECONÓMICO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....	68
1. INTRODUCCIÓN.....	68
2. LAS DIMENSIONES DE LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y LA DOCTRINA DE LA PRE-EMPTION	69
3. EL CONTROL BASADO EN LA TITULARIDAD COMPETENCIAL (I). LA INACTIVIDAD DEL CONGRESO73	
3.1 <i>El control bajo la fórmula de Marshall.....</i>	<i>74</i>
3.1.1 El alcance del “comercio interestatal”	75
3.1.2 La interpretación de la cláusula de comercio latente	78
3.2 <i>La crítica de Taney y el control diseñado por Curtis</i>	<i>81</i>
3.2.1 La “fragmentación” del comercio interestatal: materias federales y materias estatales	83
3.2.2 La exigencia de uniformidad como criterio de delimitación del alcance competencial	86
3.3 <i>Panorámica: el control basado en la competencia en una Federación inactiva</i>	<i>88</i>
4. EL CONTROL BASADO EN LA TITULARIDAD COMPETENCIAL (II). EL FEDERALISMO DUAL.....	89
4.1 <i>Cooley v. Board of Wardens bajo la lógica el federalismo dual.....</i>	<i>91</i>
4.1.1 Federalismo dual: el alcance del “comercio interestatal”	94
4.1.2 Federalismo dual: la naturaleza de la competencia	97
4.2 <i>La crisis constitucional de 1937.....</i>	<i>104</i>
4.3 <i>Panorámica: federalismo dual y control basado en la competencia.....</i>	<i>108</i>
5. EL CONTROL BASADO EN LA TITULARIDAD COMPETENCIAL (III). EL FEDERALISMO PROCEDIMENTAL	110
5.1 <i>El poder comercial resultante del cambio jurisprudencial.....</i>	<i>112</i>
5.1.1 Una competencia para regular cualquier actividad, productiva o comercial (...).....	113
5.1.2 siempre que el fin sea legítimo (...)	114
5.1.3 y aquella (actividad) tenga un efecto sustancial sobre la economía.....	116
5.2 <i>Su incidencia sobre el control en sede jurisdiccional.....</i>	<i>118</i>
5.2.1 La renuncia al control jurisdiccional: el “ <i>rational basis test</i> ”	118
5.2.2 La posición de los Estados como límite al poder federal.....	122

5.3	<i>El nuevo federalismo: el intento de restringir el poder comercial del Congreso</i>	124
5.4	<i>Panorámica: las consecuencias del enfoque competencial.....</i>	129
6.	EL CONTROL BASADO EN EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA: EL JUICIO DE UNIDAD	130
6.1	<i>El juicio de unidad: la noción de obstáculo.....</i>	131
6.2	<i>El control estricto: medidas discriminatorias.....</i>	136
6.2.1	El fin legítimo o la necesidad de la medida	137
6.2.2	La adecuación de la medida.....	140
6.2.3	La existencia de alternativas menos gravosas y la proporcionalidad en sentido estricto	140
6.3	<i>El control moderado: medidas obstaculizadoras</i>	142
6.4	<i>Panorámica: el juicio de unidad como complemento del control competencial.....</i>	145
7.	RECAPITULACIÓN.....	147
	“UNIDOS EN LA DIVERSIDAD”: EL MERCADO ÚNICO COMUNITARIO COMO REGULACIÓN ECONÓMICA MULTINIVELES	150
1.	INTRODUCCIÓN.....	150
2.	LA CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO INTERIOR.....	152
3.	MERCADO INTERIOR Y MERCADOS NACIONALES: ¿SUSTITUCIÓN, COORDINACIÓN O ARMONÍA?	158
4.	LA INTEGRACIÓN POSITIVA	162
4.1	<i>El reparto competencial europeo</i>	166
4.1.1	Las competencias exclusivas	166
4.1.2	<i>Las competencias compartidas. Excurso sobre la aplicación de la doctrina de pre-emption en el ordenamiento comunitario</i>	168
4.1.3	Las competencias de apoyo y coordinación.....	173
4.2	<i>Los principios ordenadores de las competencias atribuidas a la Unión como límite al carácter expansivo del poder comunitario</i>	174
4.2.1	Los límites a la libertad de elección de la base jurídica aplicable	175
4.2.2	El principio de subsidiariedad.....	178
4.2.3	El principio de proporcionalidad	181
4.2.4	El principio de cooperación leal.....	184
4.3	<i>Panorámica: los mecanismos de aproximación normativa en el seno de la Unión Europea.....</i>	186
5.	LA INTEGRACIÓN NEGATIVA.....	187
5.1	<i>Las “situaciones puramente internas” como excepción ineludible al control judicial comunitario.....</i>	190
5.2	<i>El juicio comunitario de unidad (I): cuestiones previas.....</i>	194
5.2.1	El concepto de “obstáculo al comercio intracomunitario”.....	194
a.	La amplitud del concepto de “obstáculo al comercio intracomunitario”.....	195
b.	La clasificación de los obstáculos y su relevancia a efectos del control judicial.....	198
5.2.2	La ausencia de armonización normativa	199
5.3	<i>El juicio comunitario de unidad (II): medidas sobre el acceso de los productos al mercado nacional</i>	201
5.3.1	El fin legítimo o la necesidad de la medida	201
5.3.2	La adecuación de la medida.....	203
5.3.3	La existencia de alternativas menos gravosas y la proporcionalidad en sentido estricto	204
5.3.4	El alcance de la decisión del Tribunal de Justicia	206
5.4	<i>El juicio comunitario de unidad (III): normas definitorias de las características de los productos para su venta en el territorio estatal.....</i>	207
5.4.1	El fin legítimo o la necesidad de la medida	210
5.4.2	La adecuación de la medida: las prohibiciones absolutas	212
5.4.3	La existencia de alternativas menos gravosas y la proporcionalidad en sentido estricto	214

5.4.4	El alcance de la decisión del Tribunal de Justicia	215
5.5	<i>El juicio comunitario de unidad (III): normas reguladoras de ciertas modalidades de venta</i>	216
5.5.1	La posición de la doctrina <i>Keck</i> en la jurisprudencia sobre la integridad del espacio económico comunitario	218
5.5.2	Diferencias procesales respecto de los controles anteriores	223
5.5.3	El alcance de la decisión del Tribunal de Justicia	226
5.6	<i>Panorámica: el juicio de unidad en el espacio económico comunitario</i>	227
6.	RECAPITULACIÓN	230
EL SISTEMA ESPAÑOL DE GARANTÍA DEL ESPACIO ECONÓMICO NACIONAL		234
1.	INTRODUCCIÓN	234
2.	INTEGRIDAD DEL ESPACIO ECONÓMICO NACIONAL Y PRINCIPIO DE UNIDAD DE MERCADO	236
3.	EL CONTROL BASADO EN LA INTEGRIDAD DEL ESPACIO ECONÓMICO NACIONAL (I): LA TITULARIDAD DE LA COMPETENCIA	245
3.1	<i>El enfoque competencial vigente: la integridad del espacio económico como materia básica</i>	246
3.2	<i>El protagonismo del artículo 149.1.1ª de la Constitución</i>	250
3.2.1	La aplicación autónoma del artículo 149.1.1ª de la Constitución	252
3.2.2	El alcance la limitación: posición jurídica fundamental y libertad de empresa	255
3.3	<i>Panorámica general</i>	261
4.	EL CONTROL BASADO EN LA INTEGRIDAD DEL ESPACIO ECONÓMICO NACIONAL (II): EL EJERCICIO COMPETENCIAL	263
4.1	<i>Cuestiones previas: la aplicación autónoma del artículo 139 de la Constitución</i>	269
4.2	<i>El juicio constitucional de unidad: el concepto de “obstáculo a la libre circulación”</i>	272
4.2.1	Cualquier actuación procedente de un poder público territorial... ..	272
4.2.2	... que busque o tenga por efecto la mejor posición de un grupo de empresarios respecto sus competidores... ..	274
4.2.3	... sean estos de la misma o distinta Comunidad Autónoma	276
4.3	<i>El juicio constitucional de unidad: los parámetros de control</i>	277
4.3.1	El fin legítimo	279
4.3.2	El carácter idóneo y necesario de la medida	280
4.3.3	La proporcionalidad en sentido estricto	282
5.	LOS RASGOS PROPIOS DEL CONTROL EN SEDE CONSTITUCIONAL	285
5.1	<i>El bien jurídico protegido: un control que garantiza una actividad, no un espacio</i>	286
5.2	<i>Un juicio incompleto: las medidas susceptibles de control</i>	288
5.3	<i>Un juicio mejorable desde el punto de vista técnico</i>	291
5.4	<i>Un juicio confuso: la aparente voluntariedad del espacio económico nacional</i> 295	295
6.	PANORÁMICA GENERAL: LA INTEGRIDAD DEL ESPACIO ECONÓMICO NACIONAL EN SEDE CONSTITUCIONAL	299
7.	LA INTEGRIDAD DEL ESPACIO ECONÓMICO NACIONAL EN LA LEY 20/2013, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO	301
8.	LA LEY PARA LA GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO: CUESTIONES PRELIMINARES	304
8.1	<i>La relación con el ordenamiento comunitario: un rompecabezas normativo</i> 305	305
8.2	<i>El concepto fragmentario de unidad de mercado en la nueva Ley</i>	306
8.3	<i>Excurso: el riesgo de un criticismo excesivo</i>	309

9.	LA INTEGRACIÓN POSITIVA EN LA LGUM	314
9.1	<i>El sistema de información recíproca como alternativa a la armonización</i>	315
9.2	<i>La cooperación institucionalizada: las Conferencias Sectoriales</i>	319
9.3	<i>Panorámica general: la respuesta legislativa a la sobreabundancia de regulaciones</i>	324
10.	EL JUICIO DE UNIDAD EN LA LGUM (I): ASPECTOS PROCESALES.....	325
10.1	<i>El régimen de recursos administrativos</i>	329
10.2	<i>La protección en sede judicial</i>	333
11.	EL JUICIO DE UNIDAD EN LA LGUM (II): CUESTIONES MATERIALES.....	338
11.1	<i>La noción de obstáculo</i>	339
11.2	<i>Los parámetros de control: proporcionalidad y necesidad</i>	346
11.2.1	El juicio de unidad en la LGUM: el control de los medios de intervención administrativa	347
a.	El fin legítimo o necesidad de la medida	347
b.	La adecuación de la medida.....	350
c.	La existencia de alternativas menos gravosas y la proporcionalidad en sentido estricto.....	351
11.2.2	El juicio de unidad en la LGUM: el control de las actuaciones que limitan la actividad económica.....	352
12.	PANORÁMICA GENERAL: EL JUICIO DE UNIDAD DEFINIDO POR EL LEGISLADOR	354
13.	RECAPITULACIÓN	355
13.1	<i>El juicio de unidad en sede constitucional</i>	357
13.2	<i>El juicio de unidad en sede jurisdiccional ordinaria</i>	361
13.2.1	El control de las autorizaciones administrativas sobre la actividad económica	362
13.2.2	El control de la declaración responsable.....	363
13.2.3	El control de la comunicación previa.....	364
13.2.4	El control de los obstáculos indirectos.....	365
	CONCLUSIONES.....	370
	BIBLIOGRAFÍA.....	382
	LISTADO DE JURISPRUDENCIA.....	406

RESUMEN

Título: El juicio de unidad del mercado nacional

El presente estudio pretende contribuir a la conformación en nuestro ordenamiento jurídico de un control jurisdiccional sobre las actuaciones públicas territoriales basado en la integridad del espacio económico nacional. El objetivo se estima conveniente para incrementar la seguridad jurídica de los operadores económicos y, por extensión, favorecer un mejor funcionamiento de la actividad económica.

La historia, tradicionalmente centralista, de España ha dificultado el desarrollo hasta sus últimas consecuencias del principio de unidad de mercado –integridad del espacio económico nacional– como límite al ejercicio de las competencias territoriales. Quitando la esporádica experiencia del “estado integral”, las decisiones económicas de nuestro país han correspondido siempre a los órganos centrales del Estado. En este sentido, no puede resultar sorprendente que la aparición de una nueva instancia legislativa con competencias suficientes para afectar al funcionamiento económico, haya provocado inconsistencias y lagunas sobre el modo alcanzar un equilibrio adecuado entre la unidad económica, reclamada por cualquier estructura estatal, y la autonomía política, propia de la forma territorial definida en la Constitución de 1978.

La búsqueda de este equilibrio exige centrar el asunto en sus justos términos, lo que no siempre ha conseguido la disciplina constitucional. La unidad, considerada de forma aislada, constituye una idea irremisiblemente centrípeta y, como tal, confusa en su empleo como parámetro desde el que enjuiciar las actuaciones de cualquier instancia territorial distinta del Estado. La unidad de algo no puede deducirse de lo abstracto, pues lleva a la uniformidad. Los intentos de situar al legislador estatal como una suerte de garante la unidad sólo pueden conducir a la definición de competencias estatales

hipertróficas y al consiguiente solapamiento con las potestades autonómicas. En último extremo, esta forma de proceder –garantías políticas– impone la visión de un determinado órgano como única solución admisible, por lo que la riqueza del problema se diluye entre los modos de asegurar la adecuada representación territorial en la toma de decisiones del garante, la interminable lista competencial sobre materias y secciones de materia, y un sinfín de cuestiones accesorias (Capítulo II). En último extremo, la tutela de los intereses nacionales depende, principalmente, de la habilidad negociadora de los gobiernos locales en el seno de los procedimientos estatales de toma de decisiones.

Esta incertidumbre jurídica comienza a desvanecerse cuando se cae en la cuenta de que la unidad consagrada en el artículo 139 de la Constitución se refiere a una institución concreta: el mercado nacional. El texto constitucional no aspira a imponer un mercado monolítico que resulte exactamente igual en cualquier parte del territorio, ni siquiera a alcanzar mayores cotas de integración. Se limita únicamente a impedir que ese mercado –espacio económico nacional– pueda entrar en competencia con otro de ámbito más reducido y cuyas condiciones son más favorables para el ejercicio de la actividad económica. Así las cosas, la unidad del mercado nacional no es un principio de interpretación del alcance de las competencias, sino un límite específico a su ejercicio. Entendida en sus justos términos, la unidad de mercado consiste en una operación de mantenimiento de la integridad del espacio económico nacional, de tal modo que sus problemas toman la forma de discriminaciones basadas en el origen geográfico. Sobre esta premisa, el presente estudio se plantea cómo podría plantearse un parámetro–juicio de unidad– suficiente para controlar en sede jurisdiccional las actuaciones públicas en atención a sus consecuencias sobre la integridad del espacio económico nacional.

El tema de estudio es interdisciplinar. Primeramente, porque, en términos generales, parece difícil encontrar un área jurídica cuyo objeto resulte completamente ajeno al Mercado –como institución– o a la actividad económica. Pero principalmente porque la búsqueda del control apuntado

requiere desenvolverse entre una amalgama de conceptos procedentes de las disciplinas administrativa, procesal, o comunitaria, entre otras. Sea como fuere, los árboles no deben impedir ver el bosque. En último término, la integridad del espacio económico nacional está en el mismo núcleo del Estado de las Autonomías y sus bases se encuentran en el propio texto constitucional. Este estudio ofrece simplemente una panorámica del alcance –actual y potencial– del artículo 139 de la Constitución.

Es un tema, además, elusivo. Los problemas relativos a la integridad del espacio económico no admiten su solución desde razonamientos abstractos. La actividad económica resulta demasiado voluble como para salir airoso del intento de sistematizar las conductas prohibidas. No es exagerado decir que los obstáculos a la libre circulación económica son siempre inéditos e irrepetibles. Al cabo, dependen de un número prácticamente ilimitado de condiciones, la mayoría de las cuales ni tienen naturaleza jurídica, ni resultan fáciles de apreciar (Capítulo III). En último extremo, la expresión “obstáculo a la libre circulación” designa una situación específica: una acción o inacción por parte de un poder público que provocó de forma injustificada un efecto discriminatorio a la luz de un escenario espacial, temporal, jurídico, económico y social determinado. A primera vista la prohibición de vender un determinado producto carece de efectos discriminatorios evidentes, pues afecta a todos los comerciantes por igual, pero quizás merezca otro juicio en caso de que se compruebe que la producción de otro bien sustitutivo presenta un claro protagonismo para la economía de esa región. De manera similar, la legitimidad de la obligación de envasar el producto en el lugar de producción para atribuirle una determinada denominación de origen dependerá del grado de deterioro que puedan experimentar sus características en el lapso de tiempo que sería necesario para su transporte a la empresa de envasado.

Por último, el juicio de unidad propio del sistema constitucional español es notablemente complejo tanto en su estructura como en los criterios que lo conforman. Estructuralmente porque los rasgos apuntados aproximan este juicio a un control de legalidad aplicable en sede contencioso-administrativa (Capítulo I). Y, sin embargo, la previsión de un sistema de justicia constitucional

concentrada obliga a mantener dentro de la jurisdicción constitucional el control de los obstáculos que tengan su origen en disposiciones con rango de Ley. Es preciso buscar fórmulas que aseguren que la aplicación de un mismo juicio en dos sedes distintas no provoca resultados disfuncionales. Al tiempo, la integración española en el mercado interior comunitario impone la apertura de nuestros parámetros de control a la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia (Capítulo IV). Que el espacio económico nacional no se haya disuelto en el propio de la Unión Europea no implica que no se haya producido una merma en la autosuficiencia para definir las propias libertades económicas. Cuestiones procesales al margen, la ruptura del mercado nacional lleva consigo la propia del comunitario.

El interés del estudio adquiere relevancia en el contexto de crisis económica de los últimos años. La tendencia centrípeta del sistema competencial no ha servido para evitar que haya arraigado una percepción generalizada sobre la fragmentación del espacio económico nacional. El diagnóstico resulta discutible, pero revela la insuficiencia del enfoque mantenido hasta la fecha.

Es seguro que la integridad del espacio económico nacional no reclama un funcionamiento liberalizado de la economía como el definido en la controvertida Ley sobre su garantía, pero la confianza de los operadores económicos reclama unas dosis importantes de seguridad jurídica que sólo pueden alcanzarse a través de la definición de unas líneas básicas que permitan anticipar la validez de las actuaciones que afectan a su actividad. La partida entre la unidad económica y la autonomía política no sólo no está resuelta, sino que admite infinidad de estrategias. Este trabajo no pretende más que servir de glosario de todas sus piezas.

SUMMARY

Title: Trial of unity of the national market

The present study aims to contribute to the creation in our legal system of a jurisdictional control on the territorial public actions based on the integrity of the national economic space. The goal is considered advisable to increase legal certainty for economic operators and, by extension, fostering better functioning of economic activity.

History, traditionally centralist, of Spain has hindered the development to its conclusion the principle of unity of market - integrity of the national economic space- as limit of the exercise of the territorial competences. Removing the sporadic experience of the "integral state", economic decisions in our country have always corresponded to the central State organs. In this sense, it can not be surprising that the emergence of a new legislative body with sufficient powers to affect economic performance, has caused inconsistencies and gaps on how to achieve an appropriate balance between the economic unit, claimed by any state structure, and political, territorial autonomy as defined in the 1978 Constitution.

The search for this balance requires focus the issue in its proper terms, which has not always achieved the constitutional discipline. The unit, considered in isolation, is a hopelessly centripetal idea and, as such, confused in its use as a parameter from which to judge the actions of any other territorial body of the State. The unit of something can not be deduced from the abstract, as it leads to uniformity. Attempts to place the state legislator as a sort of guarantor's unity can only lead to the definition of hypertrophic state powers and therefore overlap with regional powers. Ultimately, this approach – political guarantees- imposes a vision of a particular organ as the only acceptable solution, so that the wealth of the problem is diluted among the ways to ensure the proper territorial representation in decision-making by the guarantor powers, the endless list on materials and sections of material, and a host of ancillary

matters (Chapter II). Ultimately, the protection of national interests depends mainly on the bargaining skills of local governments within the state decision-making procedures.

This legal uncertainty begins to fade when one realizes that enshrined in Article 139 of the Constitution unit refers to a specific institution: the national market. The Constitution does not seek to impose a monolithic market resulting exactly the same in any part of the territory, neither to achieve higher levels of integration. It is limited to prevent that such market – national economic space - can compete with other smaller area, where conditions are more favorable to the exercise of economic activity. So, the unity of the national market is not a principle of interpretation of the scope of the competences, but a specific limit their exercise. Understood in its proper terms, the market unit consists of maintenance of the integrity of national economic space, so that their problems take the form of discrimination based on geographical origin. On this basis, this study asks how could envisage a sufficient parameter – judgment of unit - to control in public court proceedings based on attention to its impact on the integrity of the national economic space.

The subject of study is interdisciplinary. First, because, in general terms, it seems difficult to find a legal area which scope resulting completely oblivious to Market -as an institution- or economic activity. But mainly because the search of the aforesaid control requires unfold between an amalgam of concepts from the disciplines administrative, procedural, or community, among others. Anyway, the trees should not prevent seeing the forest. Ultimately, the integrity of the national economic space is at the very core of the State of Autonomous and their bases are in the Constitution itself. This study simply provides an overview of the scope – existing and potential – of Article 139 of the Constitution.

This is a topic also elusive. The problems relating to the integrity of the economic space do not support its solution from abstract reasoning. Economic activity is too fickle to emerge unscathed from the attempt to systematize the prohibited conduct. It is no exaggeration to say that the economic barriers to

free movement are always unprecedented and unrepeatable. After all, they depend on a virtually unlimited number of conditions, most of which do not have legal status, and neither are easy to appreciate (Chapter III). Ultimately, the expression "obstacle to free circulation" means a specific situation: an action or inaction by a public authority that caused unjustifiably discriminatory effect in the light of a spatial, temporal, legal, economic and social given scenario. At first glance the ban on selling a product do not produce obvious discriminatory effects, since it affects all traders equally, but perhaps deserves another trial if it is found that the production of another good substitute has a clear role for the economy in that region. Similarly, the legitimacy of the obligation to package the product in the place of production to attribute a particular appellation of origin will depend on the degree of damage they can experience their characteristics in the length of time it would take to transport to the company packaging.

Finally, the judgment of unit under the Spanish constitutional system is remarkably complex in its structure and the criteria that shape it. Structurally, because the appointed features approach this judgment to an applicable control of the legality under the contentious administrative proceedings (Chapter I). And yet, the provision of a concentrated constitutional justice system agrees to keep within the constitutional jurisdiction control of the obstacles that have their origin in provisions with Law rank. We must find ways to ensure that the application of the same trial in two different locations does not cause dysfunctional results. At the time, the Spanish integration in the EU internal market requires opening our control parameters to the interpretation by the Court of Justice (Section IV). The fact that, the national economic space has not been dissolved in the EU itself does not imply that there has not been a decline in self-sufficiency to define their own economic freedoms. Aside procedural issues, the breakdown of the national market involves the community itself.

The interest of the study acquires relevance in the context of economic crisis of recent years. The centripetal tendency of competence system has failed to prevent that a widespread perception has taken root on the fragmentation of national economic space. The diagnosis is debatable, but it reveals the failure of the approach maintained to date.

It is certain that the integrity of the national economic space does not claim a liberalized economy functions as defined in its own controversial guarantee Act, but the confidence of economic operators claimed a major dose of legal certainty which can only be achieved through definition of basic lines to anticipate the validity of the actions that affect their activity. The game between the economic unity and political independence is not only unresolved, but admits countless strategies. This work is not intended to serve more than glossary of all its pieces.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

1. Planteamiento de la cuestión

No cabe duda de que lo que comúnmente llamamos “mercado” es un elemento esencial de la vida social de los ciudadanos y, como tal, uno más de los múltiples aspectos vinculados al Estado. “Mercado” y Estado son dos realidades entrelazadas porque sólo donde se reconoce una autoridad estatal puede desarrollarse ordenadamente una actividad económica² y, en sentido inverso, ninguna organización estatal puede renunciar a algún mecanismo de distribución, más o menos complejo, de los bienes y servicios existentes entre sus habitantes³. De ahí que el “mercado” aparezca como un objeto de estudio clásico para la mayor parte de las ciencias humanas.

Por tanto, la realización de un trabajo sobre esta realidad requiere que se dé alguna indicación previa sobre cuál es la faceta del mismo que pretende estudiarse. No en balde, sólo desde el enfoque jurídico –que, sin duda, es el

² Así lo señalan, con carácter general, IRTI, Natalino: *L'ordine giuridico del mercato*, Editori Laterza, Roma-Bari, Quinta Edición, 2003, p. XIII y STREIT, Manfred y MUSSLER, Werner: <<The Economic Constitution of the European Community: From “Rome” to “Maastricht”>>, en *European Law Journal*, 1(1), 1995, pp. 7-8. La misma relación, aunque circunscrita al modelo constitucional de Estado, ha sido puesta de manifiesto por Häberle, para quien el constitucionalismo impone una economía social de mercado como vía intermedia entre los fallos estatales y económicos. HÄBERLE, Peter: <<Siete tesis para una teoría constitucional del mercado>>, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Núm. 5, 2006, p.13. Y un estudio histórico de esta relación en nuestro país puede consultarse en GARCÍA VITORIA, Ignacio: *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 26 y 37.

³ JOERGES, Christian: *States without a Market? Comments on the German Constitutional Court's Maastricht-Judgement and a Plea for Interdisciplinary Discourses*, documento digital disponible en <http://goo.gl/ZyYhw0>. También Stalin puso de manifiesto la existencia de una relación de este tipo al incluir el “vínculo económico interno” (espacio económico nacional) como uno de los rasgos que, sin ser suficientes, resultan necesarios en su caracterización de la nación. Ni siquiera los modelos comunistas de organización pueden dar lugar a un Estado sin mercado. STALIN, Joseph: *El marxismo y la cuestión nacional*, Fundamentos, D.L., Madrid, 1976, pp. 5 y 7.

que aquí interesa— el “mercado” puede ser abordado desde un buen número de disciplinas según que el acento se ponga, por ejemplo, en los individuos que desarrollan una actividad económica —Derecho mercantil, Derecho de la competencia, Derecho Administrativo, etc.— o son destinatarios de la misma —Derecho de los consumidores—; el alcance espacial de tal actividad —Derecho internacional o Comunitario—; o, como es el caso, en la articulación del mercado nacional en el seno de un Estado políticamente descentralizado al estilo del diseñado en la Constitución de 1978.

Dentro de este último enfoque, es evidente que los problemas jurídicos del mercado no tienen su origen en la aparición de las Comunidades Autónomas, pero resulta indudable que ésta dio entrada a otros de carácter novedoso ligados a la estructura territorial del Estado. Con carácter general, la economía política considera que, de darse ciertas condiciones, los Estados descentralizados alcanzan mayores niveles de eficiencia económica que los unitarios dada su capacidad de adaptar los gastos a las necesidades específicas de los distintos territorios⁴. Como contrapunto a esta afirmación, tampoco es dudoso que determinados aspectos deben permanecer al margen de la descentralización —por ejemplo, la defensa del Estado— y que aún en los ámbitos de actuación propios de las Comunidades Autónomas es necesario asegurar un grado mínimo de homogeneidad que garantice la coherencia del sistema en todo el territorio nacional. Un cierto margen de diversidad contribuye a la mejora del funcionamiento económico, pero habrá de desenvolverse dentro de unos límites definidos. En España, un ejemplo destacado de este último aspecto —al menos en lo que al ámbito económico se refiere— es la conocida como “unidad de mercado” o integridad del espacio económico nacional. Sobre el mismo versa el presente trabajo.

⁴ Según indica el teorema de la descentralización de Oates, “en ausencia de economías y de efectos externos intercompetenciales, el nivel de bienestar será tan o más alto si los niveles de consumos óptimos (Pareto) son provistos en cada nivel de competencia, en vez de serlo en cualquier nivel único y uniforme para todos los niveles, siempre que éstos coincidan exactamente con los subconjuntos de población que consumen el mismo bien público.” OATES, Wallace: *Federalismo fiscal*. Traducción del Instituto de Estudios de Administración Local, 1972, p. 81.

A pesar de su componente económico, no puede perderse de vista que el problema planteado es estrictamente jurídico⁵. Se incide en este aspecto porque la conclusión que se alcance sobre el mismo habrá de discurrir por los mismos derroteros. Desde la perspectiva del Derecho Constitucional, las dificultades apuntadas se plantean, en términos amplios, como una tensión entre dos principios enfrentados como son los de unidad y autonomía⁶. En esta línea, el estudio propuesto analiza una de las técnicas de que dispone el ordenamiento español para conseguir que el ejercicio de la autonomía se efectúe sin merma alguna para la unidad económica de la Nación. En concreto, interesa estudiar la potencial eficacia del artículo 139 de la Constitución como parámetro efectivo de control de las actuaciones públicas con relevancia económica.

El capítulo que ahora empieza se dedica a la descripción de los elementos conceptuales que se utilizan a lo largo de la investigación, presentando cuáles son los mecanismos de ordenación del mercado que con frecuencia aparecen en los modelos descentralizados y qué consecuencias tiene a estos efectos la articulación de espacios económicos cada vez más complejos a nivel supranacional.

Junto a ello, completa el capítulo la justificación de la metodología empleada. Desde 1978, el tema propuesto ha sido objeto de un buen número de estudios por parte de la doctrina constitucional y administrativa española. Pero es un tema clásico en la literatura jurídica norteamericana y comunitaria, por lo que resulta inevitable recurrir a estas fuentes y comprobar cuál ha sido el proceso jurisprudencial de creación de estos espacios como vía para la comprensión de nuestro propio derecho. En consecuencia, –a falta de justificar

⁵ De forma gráfica, para Calonge “La ruptura de la unidad de mercado trae consigo la ruptura de la unidad jurídica, de la unidad del Ordenamiento y, a la postre, de la unidad de la Nación”. CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio: *Autonomía política y unidad de mercado en la Constitución española de 1978*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1988, p. 30.

⁶ Como se verá la solución a estos asuntos dista de resultar sencilla. En parte, quizás, porque la magnitud de los principios en conflicto los enraíza con la vieja cuestión centralista de nuestro país, dotándolos de una dimensión metajurídica que no facilita su tratamiento. No en vano, Madariaga calificó la tensión entre ambos principios como el “problema más grave de cuantos asedian a España: el de su pluralidad frente a su unidad”. MADARIAGA Y ROJO, Salvador de: *Memorias de un federalista*, Espasa Calpe, Madrid, 1977, p. 213.

debidamente la elección de estos modelos— adelanto que la investigación realizada se basa en un análisis jurisprudencial comparado que toma como referencia los principales pronunciamientos procedentes de nuestro Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América.

2. Precisiones conceptuales

Antes de comenzar el análisis sustantivo de las técnicas que deben permitir el equilibrio entre autonomía y unidad económica en el ámbito constitucional español, es necesario hacer algunas precisiones elementales sobre las mismas. Por este motivo, puede que no sea ocioso aclarar que el objetivo de esta parte no es ofrecer una panorámica de la construcción efectuada por el Tribunal Constitucional⁷ —aunque algunas referencias sean inevitables—, sino precisar la terminología que va a emplearse a lo largo del trabajo. No en balde, el objeto de estudio que se ha propuesto es prolijo en conceptos y expresiones que, aunque empleadas con carácter indistinto, pueden ser dotadas de un contenido técnico específico.

En su jurisprudencia temprana, el Tribunal Constitucional se apresuró en afirmar la vigencia en nuestro ordenamiento de un “*principio de unidad económica*”, cuya finalidad no sería otra que evitar que de la estructura políticamente descentralizada establecida en la Constitución de 1978 pudiera derivarse una merma del orden económico existente a nivel nacional⁸.

Pese al carácter no escrito de este principio⁹, su vigencia fue asumida de manera acrítica en el plano doctrinal, bien sea porque la unidad económica ya era una realidad en el momento de aprobarse la actual Constitución, o

⁷ Sobre la jurisprudencia constitucional relativa al *juicio de unidad* manejado en España, Vid. *Infra.*, Capítulo IV, Epígrafes 3 y 4.

⁸ STC 1/1982, de 28 de enero, FJ. 1: “La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores”.

⁹ A pesar de tratarse de un principio inexpressado, el Alto Tribunal ha dotado a la unidad económica de un fuerte anclaje constitucional, de manera que la misma “se deduce tanto del Preámbulo -que garantiza la existencia de un “orden económico y social justo”- como de una interpretación conjunta de los arts. 2, 38, 40.1, 130.1, 131.1, 138.1 y 2, 139.2, 149.1.1 y 157.2 CE”. Por todas, STC 96/2002, de 25 de abril, FJ. 11.

porque esta forma de proceder es común en el constitucionalismo comparado, donde la unidad económica no resulta expresamente reglada, sino que se muestra como un resultado lógico de determinados preceptos constitucionales¹⁰. Sea como fuere, lo cierto es que el reconocimiento de este principio en el ordenamiento constitucional español coexiste con la expresión – probablemente más usual– de “*unidad de mercado*”, dando lugar a la lógica duda de si se trata de términos sinónimos.

La extraordinaria vaguedad con que el Tribunal Constitucional ha caracterizado la unidad económica¹¹ hace difícil ofrecer una respuesta clara. En la jurisprudencia de este órgano no parece existir un criterio cierto, de tal manera que las ocasiones en que ambas expresiones son empleadas como sinónimos¹² se alternan con otras donde la *unidad de mercado* resulta parte integrante de la –más amplia– *unidad económica*¹³. Y la misma posición impera entre la doctrina científica, cuya mayoría se ha decantado por la intercambiabilidad de ambos términos¹⁴.

Frente a estos posicionamientos, este estudio entronca con la línea doctrinal –cada vez más extendida– que considera el principio de *unidad de mercado* como algo diferente de la *unidad económica*¹⁵. A partir de esta premisa, el esquema argumental seguido se basa en el conjunto que componen las unidades “económica”, “de la política económica” y “de mercado”¹⁶. Así, la *unidad económica* se plantea aquí como el resultado lógico

¹⁰ En concreto, dicha unidad tendría su fundamento en los derechos individuales de carácter económico y en las previsiones y el reparto competencial sobre la actividad económica. Por todos, OJEDA MARÍN, Alfonso Luis: *El contenido económico de las Constituciones modernas*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1990, pp. 23 y ss.

¹¹ TENA PIAZUELO, Vitelio: *La unidad de mercado en el Estado Autonomico*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, p. 35.

¹² Así la citada STC 96/2002, de 25 de abril, FJ. 11: “Una de las manifestaciones de esa unidad básica que la Constitución proclama se concreta en la “unidad de mercado” o en la unidad del orden económico en todo el ámbito del Estado...”

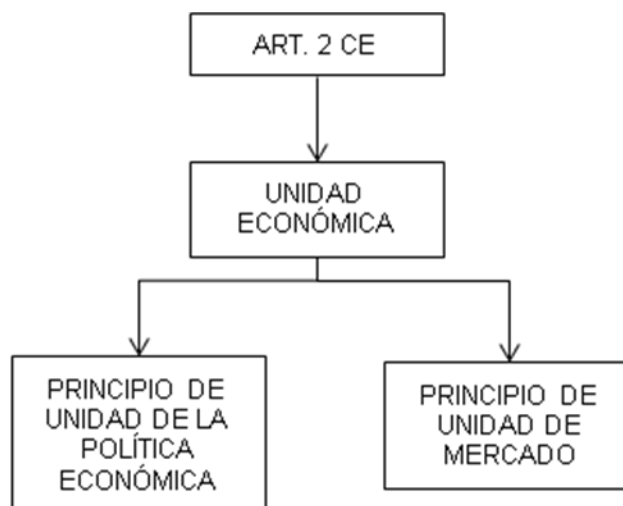
¹³ En este sentido, STC 96/1984, de 19 de octubre, FJ. 3: “Una de las manifestaciones de dicha unidad (del orden económico) es el principio de unidad de mercado –y por lo tanto del mercado de capitales–, reconocido implícitamente por el art. 139.2 de la CE...”

¹⁴ Así lo recuerda, ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomia política y unitat econòmica. Les dimensions constitucional i europea de la lliure circulació i de la unitat de mercat*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 1993, p. 214.

¹⁵ Por todos, TENA PIAZUELO, Vitelio: *La unidad de mercado...*, *Ob. Cit.*, *Passim*.

¹⁶ En sus aspectos esenciales, esta estructuración puede verse en SÁINZ MORENO, Fernando: <<El principio de unidad del orden económico y su aplicación por la jurisprudencia

de las otras dos, careciendo de significación propia fuera de las mismas. Por este motivo, se ha optado por preferir la claridad expositiva reservando el tratamiento como principios jurídicos a las unidades “de la política económica” y “de mercado”, quedando la *unidad económica* como alusión a la díada que conforman ambos elementos.



Éste es uno de los códigos básicos para superar el cifrado que parece existir en esta materia: *la unidad de mercado sólo es una herramienta de carácter técnico al servicio del objetivo de la unidad económica*. Junto a la misma, las decisiones de carácter sustantivo resultan propias de la *unidad de la política económica*. Trataré de desarrollar sus rasgos esenciales en las páginas siguientes.

constitucional>>, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Dir.): *Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1989, pp. 246 y ss. En sentido similar, ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomía política y unitat econòmica...*, *Ob. Cit.*, pp. 194-195. Distingue el autor entre “garantías dinámicas” y “garantías estructurales”. Las primeras se referirían a la reserva de competencias estatales sobre la dirección de la política económica. Por su parte, bajo la denominación de “garantías estructurales” se incluyen las libertades económicas de circulación, contenidas en nuestro modelo en el artículo 139 de la Constitución. Sigue esta misma línea Baquero Cruz, quien destaca el carácter eminentemente jurídico de las libertades de circulación –*principio de unidad de mercado*– frente a las condiciones materiales de funcionamiento del mercado –*principio de unidad de la política económica*–, más cercanas al ámbito propio de la actuación del legislador. BAQUERO CRUZ, Julio: *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 124-125.

2.1 Unidad económica: principio de unidad de la política económica

No es difícil imaginar que la técnica aparentemente más sencilla para asegurar que el diseño de un Estado territorialmente complejo no provoca una merma de la unidad pasa por reservar al nivel central de gobierno la competencia exclusiva para regular aquellas materias en las que se desea mantener un régimen uniforme. La distribución competencial es la primera de las garantías orientadas a asegurar el adecuado equilibrio entre los distintos entes territoriales sin perder de vista la salvaguardia de la integridad del propio Estado¹⁷. Afirmación que en el ámbito económico se concreta en la reserva a la instancia estatal de un número significativo de competencias en tres ámbitos¹⁸.

En efecto, será el legislador estatal quien, en primer lugar, habrá de definir el marco regulatorio general para el ejercicio de las actividades económicas, de manera que éste no varíe sustancialmente de una parte del territorio a otra. Esto se consigue esencialmente con *potestades de carácter estructural*¹⁹, de tal modo que sólo al legislador estatal le compete la definición de políticas sectoriales acerca de la ordenación del sistema monetario, la ordenación del crédito, o –de manera más evidente– la aprobación de las legislaciones mercantil, laboral, civil, y sobre propiedad intelectual e industrial. Más aún, parece claro que dentro de estos parámetros de composición del

¹⁷ Como apunta el profesor García de Enterría, “la totalidad de los sistemas federales, por profunda que sea la autonomía que garantizan, han reconocido en los poderes centrales las competencias precisas para evitar el fraccionamiento económico del país en microeconomías llamadas fatalmente al estancamiento y a la pobreza y para asegurar, sobre la unidad del sistema económico, que el Estado construye las protecciones precisas y los estímulos para su mejor desarrollo”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: <<Estudio preliminar>>, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (Coord.): *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución Española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, p. 22

¹⁸ CARRASCO DURÁN, Manuel. *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica. Una aproximación a la interpretación jurisprudencial del artículo 149.1.13 de la Constitución*, Tirant lo Blanch e Instituto de Estudios Autonómicos, Valencia, 2005, p. 65. En sentido similar, ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomía política y unitat económica...*, Ob. Cit., p. 189 y ss., si bien este autor clasifica las competencias en cuatro grupos.

¹⁹ Frente a esta ordenación de las competencias, Sáinz Moreno defiende una visión puramente estructural de la unidad de mercado que le lleva a incluir en ésta las competencias para la configuración del espacio económico nacional. Así, forman parte del principio de unidad de mercado “las competencias que facultan (al Estado) para la creación de un marco jurídico que permita la realización de la actividad económica basada en la igualdad y la libertad”. SÁINZ MORENO, Fernando: <<El principio de unidad del orden económico...>>, Ob. Cit., p. 247.

esquema en que habrán de desarrollarse las actividades económicas también ocupan un lugar destacado las intervenciones realizadas sobre elementos físicos o servicios de determinada entidad: bienes e infraestructuras de interés general o alcance superior a una Comunidad Autónoma y transporte aéreo. Intervenciones que, además, no se limitan a los aspectos legislativos, sino que incluyen también su ejecución, lo que es tanto como excluir de manera absoluta las restantes instancias territoriales de gobierno.

Sea como fuere, a pesar del amplio margen de decisión que ofrecen al legislador estatal, las competencias de tipo estructural no bastarían para asegurar el funcionamiento armónico del sistema. De poco serviría garantizar un esquema regulatorio neutral, si a la hora de definir los requisitos que habrán de observar las empresas a la hora de ocuparse en un sector económico concreto cada Comunidad Autónoma pudiera proceder del modo que considerase más acorde a sus intereses. Va de suyo que la unidad de la política económica requiere una cierta homogeneidad de funcionamiento. Visto así, no puede sorprender que la capacidad regulatoria del Estado se intensifique en un buen número de *ámbitos materiales concretos* alcanzando su ordenación básica –régimen minero y energético–, los aspectos no específicamente reservados a la Comunidad Autónoma –pesca marítima– o la totalidad de la materia –comercio exterior, marina mercante y armas y explosivos–.

Llegado este punto, y según lo expuesto hasta el momento, podría pensarse que el principio de *unidad de la política económica* contribuye a alcanzar la más amplia *unidad económica* detrayendo del ámbito autonómico de decisión todos los aspectos básicos –estructurales y materiales– de que depende el ejercicio de la actividad económica. Así, la unidad vendría asegurada porque sólo al Estado le corresponde definir tanto los parámetros estructurales como –al menos– los rasgos sustantivos mínimos para ejercer la actividad económica en cualquier sector imaginable.

Y, sin embargo, esta visión sería parcial, por cuanto la utilidad del citado principio también pasa por atribuir al nivel estatal de gobierno un papel activo

en la toma de decisiones sobre la marcha de la economía nacional. El legislador estatal no puede ser un mero observador pasivo del resultado de conjunto alcanzado por las políticas económicas propias de cada Comunidad Autónoma. Una unidad operativa no puede alcanzarse exclusivamente blindando determinadas áreas frente a la actuación del legislador autonómico, sino que reclama unas dosis importantes de capacidad creativa. Es el Estado, como canalizador de la voluntad general, el nivel territorial más adecuado para *definir los objetivos del país en el plano económico*. Y, sin embargo, no hay en todo el listado competencial del artículo 149.1 de la Constitución un solo apartado que establezca una potestad de este tipo.

Sea como fuere, la omisión textual ha sido corregida en vía interpretativa. Desde los comienzos de su labor jurisprudencial, el Tribunal Constitucional se ha aproximado al elenco competencial propio del Estado desde una premisa de perfiles brumosos: *el papel del legislador estatal como garante de la unidad*. Afirmación que ha afectado de manera decisiva a dos títulos competenciales concretos: los previstos en los números 1 y 13 del artículo 149.1 de la Constitución.

Por comenzar por el último de los citados²⁰, resulta sobradamente conocido que el Tribunal Constitucional ha construido en torno al artículo 149.1.13ª de la Constitución una amplísima competencia de ordenación general de la economía que excede con creces la expresión –“bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”– prevista en el tenor literal del precepto. Bajo la misma, el Estado resulta capacitado para “la definición de las líneas de actuación tendientes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los

²⁰ El artículo 149.1.13ª de la Constitución ha sido calificado por algunos autores como una rareza por cuanto entronca con su interpretación actual no lo vincula tanto a una materia o actividad, cuanto a una finalidad: incentivar el mejor funcionamiento de la economía. Precisamente por este motivo, no han faltado autores que, en contra de la opinión mayoritaria, han encontrado en este precepto una figura similar a la controvertida “cláusula de comercio positiva” característica del modelo constitucional norteamericano. Entre otros, ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomía política y unitat económica...*, Ob. Cit., p. 199 y CARRASCO DURÁN, Manuel: *El reparto de competencias...*, Ob. Cit., p. 463.

mismos”²¹. Lo que es tanto como afirmar que aquél es el único ente constitucionalmente legitimado para fijar los grandes objetivos económicos de alcance general a conseguir y señalar los procedimientos para su consecución²².

No se trata aquí de abordar la problemática específica del artículo 149.1.13ª de la Constitución²³, pero no pueden perderse de vista dos cuestiones. La primera es que esta dinámica centrípeta de las potestades económicas no es, en modo alguno, exclusiva de nuestro modelo constitucional, sino que puede predicarse sin mayores dificultades de otras experiencias comparadas -algunas tan alejadas como la propia de Australia²⁴- a partir del crecimiento de la intervención pública en la economía²⁵. En tanto que nadie parece discutir hoy en día que la eficacia económica reclama la existencia de un único centro de decisiones, el problema de este tipo de aproximaciones pasa por alcanzar el nivel óptimo de dicha eficacia respetando otros principios constitucionales incuestionables, como el propio de la *autonomía política*.

Ligado a lo anterior, resulta igualmente destacable –segundo aspecto– que la labor desarrollada por el juez constitucional en este ámbito conforma la que seguramente sea la mejor muestra del recurso a la *unidad económica* –y, por extensión a la *unidad de mercado*– como parámetro de interpretación de las competencias propias del Estado²⁶. Así, la percepción de que los principios

²¹ STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ. 2. Especialmente significativa en relación con el alcance de la referida potestad resulta la STC 29/1986, de 20 de febrero, donde se reconoció la posibilidad de que el Estado aprobase planes de detalle relativos a un sector económico sobre el que una Comunidad Autónoma ha asumido competencias. (FJ. 4)

²² CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio: *Autonomía política y unidad de mercado...*, Ob. Cit., p. 136.

²³ Un estudio exhaustivo sobre la referida competencia estatal puede verse en CARRASCO DURÁN, Manuel: *El reparto de competencias...*, Ob. Cit., *Passim*.

²⁴ Sobre ésta VILLALTA PUIG, Gonzalo: *The High Court of Australia...*, Ob. Cit., *Passim*. En cualquier caso, sin ligar a dudas la experiencia más conocida en este ámbito es la interpretación que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América ha conferido a la denominada “cláusula de comercio”, bajo la cual el Congreso Federal puede regular cualquier sector con trascendencia económica. Por la influencia que esta doctrina ha desempeñado en la configuración del *juicio de unidad* en distintos ordenamientos jurídicos, la “cláusula de comercio” ocupará un lugar central en el Capítulo II del trabajo.

²⁵ ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomía política y unitat económica...*, Ob. Cit., p. 19.

²⁶ CIDONCHA MARTÍN, Antonio: <<La unidad económica antes y después de la STC 31/2010>>, en Revista General de Derecho Constitucional, Núm. Extra. 13, 2011, p. 13.

básicos del orden económico deben ser unos y los mismos en todo el territorio nacional²⁷ ha dado como resultado la capacidad del legislador estatal para la “ordenación de la actuación económica de todos los sectores y del propio Estado con relación a ellos, es decir, de la propia intervención del Estado en materia económica”²⁸.

Más adelante habrá ocasión de referirse a los problemas que este modo de proceder provoca desde la perspectiva de la configuración de un *juicio de unidad* basado en el ejercicio de la competencia. Por el momento, bastará con señalar éste como la génesis de una idea de fondo que recorre todo el texto: allí donde se reconoce al legislador estatal la capacidad de intervenir en cualquier en cualquier sector de la actividad económica con la intensidad que resulte necesaria para alcanzar los objetivos propuestos el control basado en el ejercicio de la competencia que aquí se propone parece abocado a desempeñar una función residual. La generosidad en la lectura de las competencias estatales puede tener por efecto el desplazamiento de la modalidad de control analizada en este estudio.

Algo parecido ocurre con la competencia estatal para la ordenación de las “condiciones básicas de ejercicio de los derechos y deberes constitucionales” prevista en el artículo 149.1.1ª de la Constitución. Ésta será analizada con detalle en el último Capítulo, pues viene a servir como vehículo para llevar aquella posición de garante atribuida al legislador estatal al ámbito específico del control de las actuaciones autonómicas potencialmente lesivas de la integridad del espacio económico nacional. También aparecerá de manera irremisible en el siguiente apartado, pues la jurisprudencia constitucional vigente ha llevado al solapamiento del artículo 149.1.1ª de la Constitución con la igualdad prevista en el propio 139.1. Me limitaré ahora a sintetizar su importancia para el estudio propuesto en una frase que me temo se repetirá a lo largo del discurso: la lectura del sistema de garantías para la integridad del espacio económico nacional efectuada por el Tribunal

²⁷ STC 1/1982, de 28 de enero, FJ. 1.

²⁸ STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ. 4.

Constitucional confía en las técnicas políticas –o normativas– de control antes que en las propias de índole jurisdiccional.

Por recapitular, el estudio realizado identifica el “*principio de dirección unitaria de la economía*” con la reserva de competencias al nivel estatal de gobierno. De ahí que, a sus efectos, los intentos de asegurar la integridad del espacio económico nacional en atención al mismo hayan de ser vistos como un sistema de *garantías políticas o normativas*, siguiendo la clasificación del profesor Weschler²⁹. En atención al mismo, el foco del control queda fijado en la titularidad de la competencia, de manera que los problemas referidos a la integridad conforman un tipo de conflicto de competencias entre la específica potestad invocada por la Comunidad Autónoma y aquella transversal atribuida al Estado³⁰. De este modo, lo relevante no es que la Comunidad Autónoma se ha extralimitado en el ejercicio de su competencia, sino que nunca fue competente, pues definir los rasgos esenciales de la unidad es algo que sólo puede hacer el legislador estatal. El carácter único del espacio económico queda, en fin, asegurado por la legislación estatal, uniformadora de los aspectos que se consideran necesarios a tal efecto³¹ y, por consiguiente, instrumento principal para la remoción de los obstáculos que para puedan

²⁹ WESCHLER, Herbert: <<The political safeguards of federalism: The role of the States in the composition and selection of the National Government>>, en *Columbia Law Review*, Vol. 54, 1954, p. 558.

³⁰ Así la STC 225/1993, de 8 de julio, FJ. 3: “aun existiendo una competencia sobre un subsector económico que una Comunidad Autónoma ha asumido como “exclusiva” en su Estatuto (...) esta atribución competencial “no excluye la competencia estatal para establecer las bases y la coordinación de ese subsector, y que el ejercicio autonómico de esta competencia exclusiva puede estar condicionado por medidas estatales, que en ejercicio de una competencia propia y diferenciada pueden desplegarse autónomamente sobre diversos campos o materias, siempre que el fin perseguido responda efectivamente a un objetivo de planificación económica”.

³¹ STC 29/1986, de 20 de febrero: “cuando para conseguir objetivos de la política económica nacional, se precise una acción unitaria en el conjunto del territorio del Estado, (...) el Estado en el ejercicio de la competencia de ordenación de la actuación económica general podrá efectuar una planificación de detalle, siempre, y sólo en tales supuestos, que la necesaria coherencia de la política económica general exija decisiones unitarias y no pueda articularse sin riesgo para la unidad económica del Estado a través de la fijación de bases y medidas de coordinación.” (FJ. 4)

Pese a la aparente excepcionalidad de la competencia estatal, lo cierto es que la previsión de tales límites se ha mostrado inoperante para frenar la tendencia expansiva del poder estatal. Así las cosas, el Tribunal Constitucional sólo ha considerado excesivo el recurso a esta competencia en los supuestos en que la realidad regulada tenía una escasa entidad económica o en aquéllos en los que, existiendo un componente económico importante, la actuación estatal carecía de una conexión relevante con la actividad sobre la que se proyectaba. CARRASCO DURÁN, Manuel: *El reparto de competencias...*, Ob. Cit., p. 154.

surgir de las actuaciones válidamente realizadas por las Comunidades Autónomas.

2.2 Unidad económica: principio de unidad de mercado

El segundo de los factores –junto a la política económica– del que depende la consecución de la unidad económica es el denominado “*principio de unidad de mercado*”, lo que obliga en primer término a cuestionarse en qué consiste exactamente este mercado único cuya pervivencia garantiza la Constitución de 1978.

Desde luego, debe descartarse en Derecho cualquier definición –en sentido coloquial– que lo aproxime al “conjunto de actividades realizadas libremente por los agentes económicos sin intervención del poder público”³². Pero igualmente inadecuadas a los efectos que aquí interesan resultan aquellas otras que, aun teniendo un mayor calado jurídico, conciben el mercado como una estructura orientada a limitar el poder los particulares y a controlar sus tendencias, de otro modo anárquicas³³. Unas y otras ponen el acento en el comportamiento de los particulares –empresario o consumidor– que operan en el mismo, por lo que resultan más propias del denominado Derecho de la Competencia, pero son insensibles al alcance geográfico del mercado. En consecuencia, los mercados así definidos no tienen por qué alcanzar a todo el territorio nacional, sino que pueden circunscribirse a un ámbito geográfico inferior que ni siquiera habrá de coincidir necesariamente con el propio de una Comunidad Autónoma. Así ocurrirá, por ejemplo, con la comercialización de los productos típicos de cualquiera de las comarcas culturales existentes en nuestro país que no encuentran correspondencia exacta con la organización administrativa. Estos rasgos las hacen inadecuadas para el enfoque que aquí se pretende.

Frente a las caracterizaciones apuntadas, la concepción que aquí interesa habrá de entender el mercado como un ámbito sensible a la actuación

³² Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Vigésima segunda edición.

³³ AMATO, Giuliano: <<Il mercato nella Costituzione>>, en *Quaderni Costituzionali*, Núm. 1, 1992, p. 10.

de múltiples instancias de gobierno. No se pretende analizar cómo funciona el mercado en tanto que institución constitucionalmente garantizada –lo que aproximaría el trabajo a la libertad de empresa–, sino la intensidad con que los órganos estatales y autonómicos pueden intervenir sobre el mismo sin lesionar, respectivamente, la *autonomía política* o la *unidad económica*. Entender la unidad como la existencia de un único mercado en todo el territorio español, llevaría a concluir que ésta conforma una entelequia de imposible cumplimiento. Aun en los Estados unitarios la comercialización de un producto –también la de los servicios– conoce restricciones más o menos intensas en atención a las características³⁴ del mismo o a su naturaleza³⁵. No hay nada parecido a un “mercado” ideal que pueda definirse en abstracto, sino “mercados”, pues ésta es una idea adjetiva que carece de significado salvo en los casos en que se relaciona con un bien o un servicio concreto³⁶. Su unidad, por tanto, no puede implicar la existencia de un único régimen jurídico aplicable a todas las actividades económicas en cualquier parte del territorio nacional, sino que adquiere tintes comparativos: no existirá unidad cuando dos regímenes normativos distintos coincidan sobre una misma actividad y territorio

³⁴ Tal sería el caso del hormigón fresco, cuya normativa específica prohíbe que entre su producción y colocación transcurra un plazo superior a una hora y media (art. 71.4.1 del Real Decreto 1247/2008, de 18 de julio, por el que se aprueba la instrucción de hormigón estructural (EHE-08). Resulta claro que una disposición de este tipo tiene como efecto una notable restricción de la capacidad de actuación de los empresarios del sector a la hora de ofrecer su producto.

³⁵ Así ocurre con el sector del tabaco, donde la ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del Mercado de Tabacos y normativa tributaria, liberalizó las actividades de elaboración, importación y venta al por mayor de este tipo de bienes. No obstante, la venta al por menor de los productos del tabaco sigue estando sujeta a monopolio estatal, de manera que el acceso a esta actividad se condiciona a la adquisición de la condición de expendedor a través de la correspondiente subasta pública (art. 4). Obtenida la misma, el desarrollo de la actividad queda sujeto a las obligaciones definidas en el artículo 29 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, de desarrollo de la indicada Ley.

³⁶ Esta característica resulta especialmente evidente en el Derecho Comunitario de la competencia, cuyo ámbito de aplicación viene delimitado por el concepto de “mercado de referencia”. En este sentido, la Comunicación de la Comisión 97/C 372/03 sobre la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE define tal mercado desde dos perspectivas complementarias. De una parte, desde el punto de vista del producto, se considera mercado de referencia “la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que prevea hacer de ellos” (punto 7). Por su parte, el mercado geográfico de referencia “comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas” (punto 8).

de tal forma que su aplicación dé origen a efectos diferentes para los empresarios ocupados en ese mercado. De ahí que, en mi opinión, más que hablar de “unidad del mercado nacional”, *resulte más certero emplear la expresión “integridad del espacio económico nacional”*³⁷.

Desde esta aproximación, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional³⁸ coinciden en señalar que dicha integridad depende de “dos supuestos irresistibles: la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio nacional, que ninguna autoridad puede obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1 CE), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone”³⁹. Todo ello, claro está, teniendo presente una segunda variable, a saber, que la unidad en ningún caso puede “significa(r) uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia

³⁷ MARCOS, Francisco: *A vueltas con la “unidad de mercado nacional”*, IE Law School, Madrid, 2011, p. 3. Texto disponible en <http://goo.gl/bo7NyR>

³⁸ En este sentido, CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio: *Autonomía política y unidad de mercado...*, *Ob. Cit.*, p. 205; ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomía política y unitat económica...*, *Ob. Cit.*, p. 19; RUBIO LLORENTE, Francisco: <<La libertad de empresa en la Constitución>>, en IGLESIAS PRADA, Juan Luis (Coord.): *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, p. 444; y, más recientemente, CIDONCHA, Antonio: *La Libertad de Empresa*, Thomson–Civitas, Navarra, 2006, p. 145; GARCÍA VITORIA, Ignacio: *La libertad de empresa...*, *Ob. Cit.*, p. 103. y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 8.

La misma concepción ha sido recibida por parte del Tribunal Constitucional, baste por todas, la STC 88/1986, de 1 de julio. Y es clásica su utilización con respecto al mercado interior europeo, definido en el artículo 14 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea como “(...) un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado”.

³⁹ STC 64/1990, de 5 de abril, FJ. 3. En otras resoluciones el juez constitucional señalará que “Esta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de las actividad económica.” Por todas, la STC 88/1986, de 1 de julio, FJ. 6. Resulta llamativo el alcance aparentemente expansivo con que el Tribunal Constitucional enumera los elementos constitutivos de la *unidad de mercado*. Sea como fuere, esta potencialidad no ha sido desarrollada por el Alto Tribunal, de manera que la unidad de mercado sigue manteniendo los mismos elementos.

de Entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos”⁴⁰.

Por situar este principio constitucional en sus justos términos, parece adecuado apuntar que, a diferencia de lo acontecido en relación con la dirección unitaria de la economía, la integridad del espacio económico nacional no pretende desplazar una actuación válida de una Comunidad Autónoma por otra procedente de los órganos estatales, sino revisar tal validez a la luz de un límite estructural a la actuación de los poderes públicos expresamente recogido en el artículo 139 de la Constitución⁴¹.

Sin perjuicio de remitir al capítulo correspondiente el análisis de este precepto⁴², es inevitable presentar sus rasgos generales con objeto de concretar con el mayor detalle posible el objeto de estudio del trabajo.

2.2.1 Igualdad de las condiciones de ejercicio de la actividad económica

En primer lugar, la integridad del espacio económico depende de que se respeten unas condiciones básicas iguales para el ejercicio de la actividad económica. Al menos a nivel teórico, podría objetarse que el modo en que se desarrolla la actividad económica debe resultar independiente de la propia existencia del espacio económico, pero no parece que este tipo de construcciones exclusivamente espaciales puedan resultar operativas, vista la lejanía temporal de las doctrinas de *laissez-faire*. En la actualidad, el espacio económico no puede ser una estructura vacía de contenido, sino que habrá de asegurar que los operadores que actúan en cualquiera de los mercados existentes en España disfrutan de una posición jurídica fundamental esencialmente idéntica. El problema, claro está, se suscita en torno al grado de igualdad necesaria⁴³.

⁴⁰ STC 88/1986, de 1 de julio. F.J. 5.

⁴¹ Como se indicó, la distinción entre ambos elementos –estático y dinámico– es frecuente en la doctrina científica. *Vid. Supra.*, Nota 16.

⁴² *Vid. Infra*, Capítulo IV.

⁴³ El carácter conflictivo de esta cuestión ha resultado evidenciado con ocasión de la Ley 30/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, de la que se critica su tendencia excesivamente liberalizadora, que para algún autor, “no sólo es inconstitucional, sino además irracional”. TORNOS MAS, Joaquín: <<La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de

La cuestión no aparece ni mucho menos cerrada en el texto constitucional⁴⁴, pero, como habrá ocasión de detallar más adelante, la jurisprudencia constitucional ha tendido a otorgar un importante protagonismo en esta materia al título habilitante contenido en el artículo 149.1.1ª de la Constitución, hasta el punto de provocar su solapamiento con el número 139 de la misma. Pues bien, frente a esta confusión, la tesis que aquí se mantiene considera que la afirmación de que la actividad económica se realice de modo esencialmente igual no implica tanto que el Estado deba uniformar estas condiciones⁴⁵ como la vigencia de una prohibición constitucional de que los poderes públicos –principalmente las Comunidades Autónomas– discriminen a los operadores económicos por razón de su origen. Al menos desde la estricta perspectiva de la integridad del espacio económico nacional, lo relevante no es qué órgano puede fijar las condiciones, sino cómo debe actuar éste para

Garantía de la Unidad de Mercado. En particular, el principio de eficacia>>, en *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 19, 2014, p. 155.

⁴⁴ No han sido infrecuentes los asuntos en los que el Tribunal Constitucional ha apuntado que la unidad del espacio económico no puede suponer “una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ. 2.), idea claramente inconciliable con la autonomía política de las Comunidades Autónomas. Sin pretender ser excesivamente crítico, parece claro que la expresión es inútil por superflua y –aún puede añadirse– equívoca, porque evoca la lógica competencial en una problemática distinta, como es la igualdad en su vertiente territorial.

⁴⁵ Bajo esta óptica, las referidas “condiciones básicas para el ejercicio de la actividad económica” suponen una materia reservada en exclusiva al Estado, de manera que cualquier intento de regulación de las mismas por parte de una Comunidad Autónoma resulta absolutamente impedido, pues incurriría en una invasión del ámbito competencial del Estado incluso en los casos en que éste no haya ejercido su potestad. Especialmente ilustrativa al respecto resulta la anteriormente citada STC 37/1981, de 16 de noviembre, en la que, tras reconocer que la unidad no puede suponer la uniformidad del ordenamiento, el juez constitucional concluye que “esta diversidad se da dentro de la unidad y, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales, que quedan reservadas a la legislación del Estado (arts. 53 y 149.1.1ª de la Constitución)” (FJ. 2).

El problema se magnifica si se atiende a la *vis expansiva* de la competencia estatal definida por el Tribunal Constitucional. Al ponerse en relación con los derechos económicos previstos en el Título I de la Constitución, se corre el riesgo de sustraer cada vez más ámbitos materiales de la capacidad de decisión autonómica y avanzar en la uniformidad del modelo. Por este motivo, en la jurisprudencia constitucional dictada de un tiempo a esta parte puede apreciarse un abandono de los efectos limitadores del artículo 149.1.1ª CE, de tal forma la actuación autonómica sólo estará proscrita cuando exista una norma estatal efectiva. En todo caso, la doctrina precedente no habría sido aún plenamente arrumbada, apareciendo de forma periódica en la jurisprudencia. Sobre esta cuestión, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, Ob. Cit., pp. 76 y ss.

respetar la igualdad constitucionalmente consagrada en los artículos 14 y 139.1 de la Constitución⁴⁶.

Si lo anterior es correcto, tenemos aquí otro de los códigos con los que no perderse a lo largo de la exposición: el presente estudio parte de la premisa de que la unidad del espacio económico no proscribe tanto el condicionamiento mayor o menor de un derecho subjetivo a ejercer la actividad económica, cuanto el efecto, derivado del mismo, de situar injustificadamente a un grupo determinado de operadores en detrimento de otros. Lo que es tanto como decir que entronca con aquélla parte de la doctrina que considera los problemas relativos a la *integridad del espacio económico* como un tipo de *discriminaciones constitucionalmente prohibidas* por fundarse en el origen geográfico del sujeto⁴⁷.

2.2.2 Libre circulación de personas y bienes

A tenor de la expresión del artículo 139.1 de la Constitución, no sería ilógico plantear que la igualdad a que se ha hecho referencia no pasa de

⁴⁶ En esta línea, la STC 109/2003, de 5 de junio, FJ. 15.

⁴⁷ Entre los que comparten el enfoque apuntado puede citarse a AJA FERNÁNDEZ, Eliseo: <<El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social>>, en VV.AA.: *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias: Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*. Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1992, p. 39; CIDONCHA MARTÍN, Antonio: <<La unidad económica antes...>>, *Ob. Cit.*, pp. 6-7 y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, *Ob. Cit.*, p. 80. Por el contrario, para De Otto “El mandato del artículo 139.1 no puede significar en modo alguno que la diversificación de derechos y obligaciones, en definitiva de contenido de los ordenamientos jurídicos, tenga un límite en una cierta igualdad vulnerada la cual la diversificación resultaría inconstitucional”, pues dicha lectura conduciría a problemas irresolubles tales como la identificación del término de comparación necesario para el juicio de igualdad o la ausencia de un criterio cierto con el que determinar si el fundamento que sirve de base a la actuación resulta razonable.” DE OTTO Y PARDO, Ignacio: <<Estudios sobre Derecho estatal y autonómico>>, en FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio (Coord.): *Ignacio de Otto y Pardo. Obras completas*, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010, pp. 769-770.

Finalmente, una postura intermedia parece ser la mantenida por CARRASCO DURÁN, Manuel: *El reparto de competencias...*, *Ob. Cit.*, p. 46; y SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José: *Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico*, Fundación Alternativas, 2006. Para este último, “Parece correcto afirmar que para el Estado este precepto señala una habilitación limitada y concreta, que no faculta, por tanto, para una intervención general equivalente a la atribución del régimen básico al poder central (...) (mientras que) (d)esde el punto de vista de las Comunidades Autónomas, lo que el artículo 149.1.1ª CE establece es un límite a su intervención normativa y aun ejecutiva, que nunca puede poner en cuestión la homogeneidad que asegura el ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos y deberes constitucionales” (p. 12).

resultar un límite ciertamente confuso, aparentemente inadecuado como parámetro de control. Una impresión que, a mi juicio, no hace sino destacar aún más la función esencial que el artículo 139.2 de la Constitución está llamado a desempeñar en el funcionamiento ordinario del Estado de las Autonomías, por cuanto dota a aquélla prohibición de discriminación de un contenido claro: “ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”. Por todo ello, llama la atención el escasísimo protagonismo que esta cláusula ha tenido en nuestra jurisprudencia constitucional.

En mi opinión, no resulta absurdo considerar que el propio tenor literal del precepto deja claro que por la mente del constituyente no pasaba incluir una atribución más de funciones a los poderes públicos⁴⁸, sino definir un límite al ejercicio competencial desarrollado por cualquiera de aquéllos⁴⁹. Interpretado en sus justos términos, el artículo 139.2 de la Constitución ofrece al órgano competente los elementos de juicio para valorar cuándo una actuación concreta deviene discriminatoria y, por tanto, fragmenta el espacio económico nacional. Es cierto que quizás el precepto no agote la materia y permita al legislador estatal –y, en su defecto, al Tribunal Constitucional– perfilar su configuración, pero los rasgos básicos del control basado en la integridad del espacio económico nacional aparecen definidos por la propia Constitución en su artículo 139. De este modo:

⁴⁸ STC 52/1988, de 24 de marzo, FJ. 3: “(...) es evidente que las reglas constitucionales y estatutarias que disponen la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, responden, en último término, a ciertos principios generales establecidos en la Constitución y, entre ellos, y aparte de los de unidad y autonomía, a los de igualdad sustancial de la situación jurídica de los españoles en cuanto tales, en todo el territorio nacional -art. 139.1 de la C.E.- y de libre circulación de personas y bienes -art. 139.2 de la C.E.-; pero de estos principios no resultan directamente competencias en favor del Estado o de las Comunidades Autónomas, si bien informan las reglas que asignan tales competencias, que deben ser interpretadas de acuerdo con el contenido de los mismos.”

⁴⁹ Ídem: “(...) una cosa son los límites constitucionales y estatutarios relativos a la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas, y otra los criterios materiales que de la Constitución o de los Estatutos de Autonomía se desprenden en cuanto al ejercicio por las indicadas Comunidades Autónomas de sus propias competencias, como sucede con los que impone el art. 139 de la Constitución en sus dos apartados, por lo que sólo es posible alegar la infracción de estos dos últimos cuando las Comunidades Autónomas hayan ejercido materialmente las competencias que les corresponden”.

- a) La expresión empleada –“ninguna autoridad”– señala sin ningún género de dudas a los poderes públicos como los únicos sujetos susceptibles de provocar el fraccionamiento del referido espacio. La prohibición constitucional prevista en el artículo 139.2 de la Constitución no admite su empleo frente a las actuaciones realizadas por sujetos privados, ya sean físicos o jurídicos, sino únicamente sobre alguno de los entes públicos de carácter territorial existentes en el Estado español, y siempre que actúe como tal⁵⁰. El respeto a las libertades de circulación supone un requisito de validez de las actuaciones de *cualquiera de las instancias territoriales*.
- b) Desde el punto de vista de los actos susceptibles de control, el artículo 139.2 de la Constitución descarta que la naturaleza jurídica del instrumento que da origen al obstáculo pueda ser tomada en cuenta a la hora de apreciar la existencia del mismo. La expresión “tomar medidas” resulta lo suficientemente amplia para *descartar la existencia de actuaciones ajenas al control de unidad*⁵¹. Por consiguiente, el hecho de que el obstáculo encuentre su origen en una norma, un acto administrativo, o incluso la simple vía de hecho tiene importancia únicamente a efectos de identificar el órgano competente para el control, pero en ningún caso lo excluye.
- c) Finalmente, tampoco la definición de la conducta prohibida queda al albur de la voluntad legislativa. El constituyente fijó con rotundidad el carácter tanto directo como indirecto de los obstáculos a la libre circulación, de donde resulta que la intencionalidad del agente no pueda

⁵⁰ Por lo demás, no está de más recordar –como hace la práctica totalidad de la doctrina científica– que aunque el límite contenido en el artículo 139.2 de la Constitución encuentra su ámbito de aplicación más habitual en las actuaciones llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas, tal circunstancia no puede ser entendida en modo alguno como una dispensa de su cumplimiento por parte del Estado y los entes locales. Así, Albertí i Rovira recuerda que inicialmente el Dictamen de la Ponencia constitucional en el Congreso de los Diputados circunscribía su aplicación únicamente a las Comunidades Autónomas, de manera que su ampliación hasta la redacción genérica actual se debe a una enmienda *in voce* del Diputado Jordi Solé Tura. Los trabajos constitucionales refuerza, pues, la tesis expuesta. ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomía política y unitat econòmica...*, Ob. Cit., p. 231, nota 25.

⁵¹ VIVER PI I SUNYER, Carles: <<La libertad de circulación y de establecimiento de las personas y la libertad de circulación de bienes (139.2 CE)>>, en VV.AA.: *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias: Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1992, p. 57.

ser vista como un factor decisivo a la hora de identificar este tipo de conductas⁵². En el estadio actual de integración política y económica, sería erróneo configurar un control basado en la integridad del espacio económico nacional orientado exclusivamente a la remoción de las medidas de carácter proteccionista, pues va de suyo que en la mayor parte de los casos el legislador autonómico no buscará mejorar la posición de un grupo concreto de operadores, siendo éste un efecto indeseado. Es preciso, por tanto, manejar una noción amplia de “obstáculo a la libre circulación” que tenga en cuenta también los *efectos prácticos indeseados* de la medida enjuiciada sobre el espacio económico.

Por recapitular, el trabajo realizado identifica el *principio de unidad de mercado* con un límite constitucional expreso al ejercicio de las competencias propias de cualquiera de las instancias territoriales de gobierno: la integridad del espacio económico nacional. Éste es un concepto neutro cuyos rasgos esenciales aparecen definidos en la propia Constitución bajo la apariencia de una igualdad territorial básica concretada, en el ámbito económico, en las cuatro libertades de circulación clásicas: personas, mercancías, servicios y capitales. Partiendo de esta premisa, este estudio considera los problemas relativos a la integridad como un tipo de discriminaciones basadas en el origen geográfico: lo que el denominado “*principio de unidad de mercado*” pretende es asegurar que las intervenciones públicas efectuadas sobre cualquiera de los mercados existentes puedan tener como efecto una superposición de regímenes jurídicos de los que se derive la mejor situación de un grupo de operadores económicos respecto de sus competidores. Desde esta óptica, la integridad del espacio económico nacional queda, en fin, asegurada por la previsión de un *sistema de control centrado en el ejercicio de las competencias propias*. Éste, al que me referiré como *juicio de unidad*, encuentra sus rasgos

⁵² “(...) no toda incidencia es necesariamente un obstáculo. Lo será, sin duda, cuando intencionalmente persiga la finalidad de obstaculizar la circulación, pero (...) también en aquellos otros en los que las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas impliquen el surgimiento de obstáculos que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que aquellas persiguen”. STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ. 2.

básicos en el artículo 139 de la Constitución, recientemente desarrollados por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

2.3 *Juicio de unidad: la cuestión de la jurisdicción competente*

Según se ha indicado, el presente trabajo arranca de la consideración de que los asuntos relativos a la integridad del espacio económico constituyen un tipo específico de discriminación fundada en el origen territorial del sujeto o producto afectado. En consecuencia, la finalidad del estudio no es otra que la de identificar los criterios que deben formar parte de este proceso jurisdiccional concreto que he dado en llamar *juicio de unidad*, derivado del artículo 139 de la Constitución y actualmente perfilado –al menos en lo relativo a las mercancías y servicios– por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Asimismo, el texto pretende identificar la sede jurisdiccional idónea para la aplicación del referido juicio: *la jurisdicción contencioso-administrativa*. Esta es otra de las guías que pueden facilitar la comprensión del razonamiento: el trabajo sostiene que este tipo de asuntos no se refieren tanto a un vicio de constitucionalidad, como al propio de legalidad. El *juicio de unidad* es subsiguiente al control sobre la titularidad de la competencia.

La cuestión remite a la problemática relación entre las justicias constitucional y contencioso-administrativa, cuyos límites permanecen irresueltos. En efecto, con la configuración procesal vigente, los asuntos del tipo que aquí interesan bien pueden ser analizados por un juez contencioso-administrativo, bien –bajo determinadas condiciones– por el Tribunal Constitucional. No es objeto de este trabajo entrar a valorar el carácter alternativo o complementario de ambas jurisdicciones⁵³, pero parece lógico detenerse en aquellos rasgos por los que, en mi opinión, la jurisdicción

⁵³ Sobre esta cuestión GARCÍA ROCA, Javier: <<Conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Supremo: la competencia diferenciada entre las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa>>, en *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 62, 2002, pp. 89-134. En sentido similar, Muñoz Machado ha denunciado la utilización de las leyes para dar curso a asuntos administrativos con el ánimo de evitar su posible impugnación ante los tribunales ordinarios por los particulares. MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Crítica Editorial, Barcelona, 2012, p. 123.

contencioso-administrativa se adapta mejor a los rasgos propios del *juicio de unidad*.

Comenzaré por exponer las dificultades propias de la justicia constitucional. Haciendo un breve repaso a la jurisprudencia sobre la materia, los asuntos relativos a la integridad del espacio económico han accedido al control efectuado en sede constitucional a través de dos cauces principales. En los casos en que la medida potencialmente lesiva contaba con rango suficiente para ello, los demandantes prefirieron preceder a la interposición de un *recurso de inconstitucionalidad*, generalmente basado en motivos competenciales. Fuera de estos casos, los asuntos de este tipo han tomado la forma de un *conflicto positivo de competencias*. Es cierto que el recurso al procedimiento del Título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para el control de las disposiciones autonómicas sin rango de ley ha sido empleado puntualmente⁵⁴, pero no parece que haya terminado consolidándose como una vía operativa a estos efectos. Y tampoco parece prudente construir un sistema de control sobre las especialísimas características procesales de un amparo constitucional⁵⁵ que, por lo demás, no alcanza a los derechos más directamente relacionados con la actividad económica: propiedad y libertad de empresa. Dejaré, por tanto, de lado los dos últimos procesos y me limitaré a señalar los motivos que, en mi opinión, dificultan la aplicación del *juicio de unidad* en el desarrollo de un recurso de inconstitucionalidad, o un conflicto positivo de competencias.

Ciertamente, las razones que llevan a rechazar la posible aplicación del *juicio de unidad* en el desarrollo de un conflicto positivo de competencias no son evidentes. Al cabo, este cauce procesal permite el enjuiciamiento de

⁵⁴ Así, en la STC 64/1990, de 5 de abril, donde el Gobierno de la Nación impugnó un Decreto de la Comunidad Autónoma de Galicia por el que se fijaban ciertas subvenciones a las industrias que se trasladasen a dicha autonomía.

⁵⁵ Sin entrar en más detalles, basta recordar que, de conformidad con el artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la Sentencia que se pronuncie sobre el amparo “limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”.

El único control sobre la integridad del espacio económico pasaría entonces por la eventual elevación de una autocuestión de inconstitucionalidad prevista en los artículos 35 y siguientes de la citada norma, siempre, claro está, que el riesgo de fractura proceda de una norma con rango de ley.

cualesquiera disposiciones, resoluciones y actos emanados de los órganos del Estado o de los órganos de las Comunidades Autónomas⁵⁶, razón por la cual suponen el cauce procesal más utilizado por los poderes autonómicos para dar curso a este tipo de problemas. Ocurre, sin embargo, que para plantear de manera válida un conflicto de competencias, la ley procesal del Alto Tribunal demanda que la actuación denunciada incurra en un vicio específico: no respetar el orden de competencia establecido en la Constitución⁵⁷. Pues bien, ¿acaso toda fragmentación del espacio económico nacional lleva necesariamente aparejada una lesión del reparto competencial?

Como ya anticipé, este estudio considera erróneo seguir defendiendo que los problemas relativos a la integridad del espacio económico suponen un vicio inconstitucionalidad derivado de la incorrecta interpretación de los títulos competenciales. Ciertamente, habrá supuestos en los que el origen del problema se encuentre en la –nada sencilla– lectura de las listas de competencias contenidas en la Norma Fundamental. En tales supuestos, el conflicto de competencias aparece como el único conducto procesal adecuado.

Pero junto al anterior escenario, es menester cuestionarse cuál es la vía procesal que se ofrece para plantear el volumen –presumiblemente mayor– de asuntos en los que no se discute que la actuación deba proceder de la parte demandada, sino únicamente el uso que la misma ha efectuado de su competencia. Por citar un caso sobradamente conocido, ¿qué ocurre en el supuesto de que una Comunidad Autónoma competente en materia de protección de los consumidores obligase a que los mensajes promocionales impresos en el envoltorio del producto figuren en su lengua propia? El conflicto de competencias se muestra aquí superfluo a tenor de la consolidada jurisprudencia constitucional sobre los requisitos idiomáticos y la protección de los consumidores. Y sin embargo, ¿no es presumible que la decisión autonómica ocasione un incremento de los costes de producción de las empresas que desean ofertar sus bienes de forma simultánea en éste y otros mercados, mermando su competitividad respecto de aquellos otros operadores

⁵⁶ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, Art. 61.1.

⁵⁷ *Idem.*, Arts. 62 y 63.1.

que únicamente operan en el mercado autonómico de referencia? ¿Acaso la referida obligación lingüística no sería vista por el empresario como un obstáculo al libre acceso a aquel mercado autonómico? Sin embargo, éste carecería de cualquier cauce procesal para plantear el asunto ante el Tribunal Constitucional⁵⁸. En fin, por su propia naturaleza como procedimiento para el control de la titularidad competencial, el conflicto positivo de competencias no puede servir para valorar su ejercicio, pues parece abocar a la proliferación de los “conflictos ocultos”⁵⁹. Como ya apunté, el *juicio de unidad* es subsiguiente al control sobre la titularidad, pues sólo una vez aclarado el órgano competente tiene sentido plantearse el uso que éste ha hecho de su potestad⁶⁰.

Esta falta de correspondencia entre los tiempos propios del control basado en la titularidad y el *juicio de unidad* también alcanza, como no podía ser de otro modo, al *recurso de inconstitucionalidad*. Tampoco éste es un cauce procesal adecuado para que los problemas relativos a la integridad del espacio económico lleguen al Tribunal Constitucional. Y no lo es de una forma aún más evidente que en el supuesto anterior, por cuanto los rasgos

⁵⁸ En este sentido, el celeberrimo Auto del Tribunal Constitucional 886/1988, de 5 de julio: “(...) el conflicto positivo de competencia no constituye el remedio procesal utilizable cuando, sin plantear una verdadera controversia competencial o, más aún, admitiendo o reconociendo explícitamente que el ente frente al que se interpone el conflicto ha ejercido una competencia de la que es sin duda titular, se alega, sin embargo, que el ejercicio de la misma infringe por otros motivos el ordenamiento jurídico (...) (E)ste tipo de pretensiones, (...) puede tener su acomodo en otros cauces procesales, singularmente en el recurso contencioso-administrativo, sin olvidar que también los órganos jurisdiccionales que han de resolver aquéllas se encuentran vinculados por las normas y principios constitucionales. No es posible, en cambio, residenciarlas ante esta jurisdicción sin forzar el contenido y la finalidad de los preceptos legales que regulan el conflicto positivo de competencia y sin desvirtuar, por tanto, el sentido y encaje constitucional de este específico proceso constitucional.” (FJ. 1).

⁵⁹ Empleo la expresión para referirme a los asuntos que, debido a la ausencia de un procedimiento específico de control, quedan ocultos dentro del sistema general de recursos de la jurisdicción ordinaria. Pese a su aparente similitud, la referencia no debe confundirse con la figura de los conflictos ocultos de competencia legislativa estudiados en LÓPEZ GUERRA, Luis: <<Algunas propuestas sobre los conflictos positivos de competencia>>, en VV.AA.: *La jurisdicción constitucional en España: la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995. Como se indicará más adelante, a diferencia de estos, las dificultades para su la resolución en sede constitucional de los asuntos sobre la integridad del espacio económico nacional no guardan relación con el carácter oculto o manifiesto del conflicto, sino con la inexistencia de un vicio de constitucionalidad.

⁶⁰ Así, el *juicio de unidad* conforma una herramienta para la resolución de “conflictos de verificación”, esto es, sobre el ejercicio concreto de una competencia indiscutida en el sentido indicado en GARCÍA ROCA, Javier: <<Conflictos entre el Estado...>>, *Ob. Cít.*, p. 112.

procesales del recurso de inconstitucionalidad le confieren una virtualidad mínima como mecanismo protector.

En primer lugar, porque la cantidad de asuntos susceptibles de tramitación por esta vía resulta extraordinariamente limitada. La interposición de un recurso de inconstitucionalidad sólo permitiría al juez constitucional analizar los posibles obstáculos a la libre circulación que tengan su origen en una disposición con fuerza de ley, estatal o autonómica. Pero el acceso y ejercicio a la actividad económica es un ámbito marcadamente ocupado por regulaciones de carácter reglamentario⁶¹, más sencillas en su reforma para adaptarse a los cambios que puedan presentarse que las disposiciones legislativas⁶². Como se ha advertido por algún autor, *el problema de la unidad de mercado estriba principalmente en la actual situación de hiperregulación desarmonizada*⁶³ y no de un enfrentamiento interterritorial fundado en regulaciones manifiestamente proteccionistas⁶⁴.

A lo anterior habría que añadir –en segundo lugar– las limitaciones procesales del recurso de inconstitucionalidad. En efecto, aun en el caso de que se admitiese que la mayor parte de obstáculos a la unidad de mercado procedan de disposiciones con fuerza de ley, al juez constitucional sólo le sería dado pronunciarse sobre los asuntos planteados en los tres meses siguientes a la publicación de la norma por parte de alguno de los pocos sujetos constitucionalmente legitimados para ello: Presidente del Gobierno, Defensor del Pueblo, Cincuenta Diputados, Cincuenta Senadores, los órganos

⁶¹ GARCÍA VITORIA, Ignacio: *La libertad de empresa...*, Ob. Cit., p. 211-212 y ARROYO JIMÉNEZ, Luis: *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 79-80.

⁶² MASHAW, Jerry L.: <<Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decision>>, en *Journal of Law, Economics and Organization*, Núm. 1, 1985, pp. 81-100.

⁶³ Quizás sea la integridad del espacio económico nacional uno de los ámbitos donde más claramente se advierte el alcance del Estado de tres términos definido en la Constitución de 1978. Al cabo, la sensación generalizada de fragmentación del espacio económico nacional que parece existir en la mayor parte de los operadores económicos de nuestro país parece estar enraizada no sólo en las múltiples regulaciones autonómicas que, de un modo u otro, afectan a la actividad comercial o a un sector económico específico, sino también a su aplicación por parte de Ayuntamientos que mantienen prácticas aplicativas diferentes. MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Informe sobre España...*, Ob. Cit., pp. 193 y ss.

⁶⁴ Este enfrentamiento sí aparece en el origen del poder comercial del Congreso de los Estados Unidos y, por consiguiente en el origen del control de las medidas lesivas de la integridad del espacio económico. Vid. *Infra.*, Capítulo II, Epígrafe 2.

colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas⁶⁵. La cuestión aparecerá más adelante, pero es sobradamente conocido que uno de los hitos principales del control jurisdiccional desarrollado en la Unión Europea para garantizar su espacio económico consistió precisamente en situar a todos los particulares y jueces nacionales como garantes de libre circulación económica⁶⁶. Parece que el carácter dúctil de la actividad económica a todo lo que guarde relación con su acceso y ejercicio invita a considerar que la denuncia de problemas relativos a la integridad del espacio económico nacional no puede ser un coto reservado a los poderes públicos.

Si lo anterior es correcto, habrá que concluir que, ni por su objeto, ni por su perfil procesal, el recurso de inconstitucionalidad puede considerarse un cauce idóneo para la garantía de la integridad del espacio económico. Puede y debe ser –a tenor de nuestro sistema de justicia constitucional concentrada– adecuado para resolver las eventuales discriminaciones que tengan su origen en una norma con rango de ley. En estos casos el Tribunal Constitucional podrá hacer un esfuerzo por aplicar un juicio de proporcionalidad del que resulte la anulación de la medida por sus efectos lesivos para la integridad del espacio económico nacional. Incluso puede darse el caso de que el propio texto legal permita identificar fácilmente cuáles son esos efectos y anticipar la solución del problema sin necesidad de esperar a que éstos se muestren en fase de desarrollo o de aplicación. Pero esto sería un juicio sustancialmente distinto del control normativo en abstracto que se supone al recurso de inconstitucionalidad⁶⁷.

En realidad, el modo de proceder del Tribunal Constitucional en este tipo de asuntos ni siquiera podría calificarse como un *juicio de unidad*, al menos no en sentido estricto. Una de las conclusiones del trabajo será la calificación de

⁶⁵ Constitución Española de 1978: Art. 162.1.

⁶⁶ En nuestro ordenamiento jurídico ha sido precisamente la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, para la Garantía de la Unidad de Mercado, la que sienta las bases de una legitimación activa universal que, sin perjuicio del procedimiento especial ante la Audiencia Nacional, permite a cualquier ciudadano dar trámite a este tipo de denuncias. Sobre esta cuestión, *Vid. Infra*. Capítulo IV, Epígrafe 10.

⁶⁷ Sobre esta cuestión, GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción: *El recurso de inconstitucionalidad: el proceso directo de inconstitucionalidad*. Editorial Trivium, Madrid, 1992.

los problemas relativos a la integridad del espacio económico nacional como “*conflictos administrativos*”⁶⁸ más próximos a un control de legalidad que a una cuestión de relevancia constitucional. El hecho de que el manejo de la proporcionalidad como criterio de control de las actuaciones resulte habitual tanto en la jurisdicción ordinaria como en la justicia constitucional no debe llevar a concluir que el *juicio de unidad* puede ser indistintamente aplicado en cualquiera de estas sedes. Antes al contrario, el control de proporcionalidad que aquí interesa presenta unos rasgos específicos que aconsejan convertir el control de los obstáculos a la libre circulación económica en una función propia del juez ordinario.

En efecto, convendría tener presente –en primer lugar– que los asuntos relativos a la integridad del espacio económico nacional no tienen necesariamente un componente normativo. Aceptar que los problemas de *unidad de mercado* conforman una categoría específica entre las discriminaciones por razón del territorio debe llevar sin mayores problemas a admitir que la práctica totalidad de obstáculos a la libre circulación no provendrán de disposiciones legales, sino –como se indicó– de textos de rango reglamentario, cuando no directamente de las prácticas aplicativas de una Administración determinada⁶⁹. Aunque excepcionalmente puedan coincidir, el

⁶⁸ Tomo el término de García Roca, quien califica como “administrativos” los conflictos “que no procedan de los sujetos constitucionales legitimados para el conflicto como aquéllos en los que, aunque así sea, ni el objeto ni la pretensión deriven de un vicio de incompetencia territorial o, aun siendo así, no se encuentre fundado en reglas o principios que se encuentren en una norma del bloque de la constitucionalidad.” GARCÍA ROCA, Javier: <<Conflictos entre el Estado...>>, *Ob. Cit.*, pp. 111 y ss.

Esta aproximación, incluida en la nueva Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, presenta tres beneficios nada desdeñables. Junto a los propios de la mayor habitualidad de los jueces ordinarios para resolver asuntos en base a aspectos fácticos sujetos a prueba, es ineludible destacar que la fórmula propuesta sitúa a los particulares como garantes de la unidad económica –lo que supone una aproximación al modelo vigente en el mercado comunitario–. Al adoptar la forma de un recurso contencioso-administrativo, corresponderá a aquéllos denunciar ante los órganos judiciales la existencia de una posible fractura del espacio económico, quedando en segundo plano la iniciación por parte de los poderes públicos –especialmente de las Comunidades Autónomas– (arts. 19, 25 y 26 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Por último, la delimitación de ambas jurisdicciones en el sentido indicado habrá de traducirse tanto en un notable aligeramiento de la carga de trabajo del Tribunal Constitucional –liberado ahora de estos conflictos constitucionales impropios– como en una simplificación de la jurisprudencia constitucional en materia competencial, haciendo innecesaria la continua fragmentación de las materias competenciales. Sobre todas estas cuestiones, *Vid. Infra.*, Capítulo IV, Epígrafes 3 y ss.

⁶⁹ En este sentido, el Informe realizado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas con ocasión del segundo año de aplicación de la Directiva de Servicios cifró en

juicio de unidad no es un procedimiento de control normativo, por lo que su lógica no puede ser la propia de los mismos.

Así las cosas, la configuración del control no puede depender por entero de aspectos puramente formales, como la naturaleza jurídica de la actuación enjuiciada. No parece que la fragmentación del espacio económico derivada de una norma con rango de ley haya de resultar necesariamente diferente de la operada como consecuencia de una disposición reglamentaria, o de un acto de aplicación. Y, sin embargo, resulta sencillo intuir que ciertas actuaciones, como las relativas al acceso a la actividad económica –exigencia de autorización previa, restricciones cuantitativas, etc.–, pueden justificar la existencia de un control más intenso que el general para las disposiciones cuya incidencia sobre aquélla parece remota –horarios comerciales, prohibición de uso de ciertos productos, etc.–. Lo que trato de decir, es que, de no ser por la vigencia de un sistema de justicia constitucional concentrada, la naturaleza jurídica de la actuación supondría una cuestión de segundo orden a efectos del *juicio de unidad*⁷⁰. El elemento central de éste debe constituirlo el efecto provocado, de manera que la noción de “obstáculo a la libre circulación económica” conforma un concepto jurídico indeterminado que habrá de rellenarse en atención a los efectos prácticos de la medida: la fragmentación del espacio económico acontecerá sólo cuando éstos sitúen, de forma injustificada, a un determinado grupo de operadores económicos en una posición de ventaja competitiva respecto de sus homólogos. Por tanto, no parece exagerado concluir que el *primer rasgo* del *juicio de unidad* que aconseja su atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa consiste en su *marcado casuismo*. En último término, la aplicación de este juicio se asemeja en buena medida al control de las desviaciones de poder en que puedan incurrir los poderes públicos competentes de la ordenación de la actividad económica, lo que convierte este

1.700.000.000 Euros el ahorro generado por la eliminación de cargas administrativas derivadas principalmente de ordenanzas municipales. RASTROLLO SUÁREZ, Juan José: <<Ordenanza municipal y unidad de mercado>>, en ALONSO MAS, María José (Dir.): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, 2014, Madrid, pp. 366 y ss.

⁷⁰ En este sentido, los controles jurisdiccionales de este tipo aplicados en los ordenamientos estadounidense y comunitario no incluyen un parámetro de este tipo. *Vid. Infra.*, Capítulos II y III, Epígrafes 6 y 5, respectivamente.

tipo de asuntos en una cuestión esencialmente fáctica donde la práctica probatoria ocupa un lugar central a la hora de resolver el asunto, aspectos que no parecen tener un encaje sencillo en la lógica de los procesos constitucionales⁷¹.

Más aún, la aplicación del *juicio de unidad* no puede corresponder de ordinario al Tribunal Constitucional porque –segundo rasgo– no puede desconocerse que *la respuesta que se ofrezca no demandará en ningún caso una interpretación constitucional*. En mi opinión, el artículo 139 de la Constitución incluye una regla de resolución de conflictos cuya concreción corresponde al legislador ordinario dentro de los márgenes previstos en su tenor literal y en ejercicio de las competencias que tiene reservadas⁷². Pues bien, la resolución de los asuntos relativos a la integridad del espacio económico nacional supone la aplicación jurisdiccional de dicho criterio. Al juez le corresponde valorar si la actuación impugnada tiene cabida en la noción de “obstáculo a la libre circulación” definida por el legislador estatal y resolver en consecuencia. Cabrá, evidentemente, cierto margen de interpretación, pero en todo caso limitado al sentido propio de la norma de desarrollo. Es más, incluso en el caso de que el control tuviera que producirse desde el artículo 139 de la Constitución a resultas de la inactividad legislativa, la actividad principal del juez constitucional no podría consistir en la interpretación normativa del mismo, sino en su concreta aplicación al supuesto enjuiciado⁷³. Por más que ambos extremos guarden una conexión lógica inevitable, la finalidad del *juicio de unidad* en sentido estricto nunca consistirá en la definición de lo que debe

⁷¹ En este sentido, GARCÍA ROCA, Javier: <<Conflictos entre el Estado...>>, *Ob. Cit.*, p. 112.

⁷² La postura no parece haber sido compartida por nuestra jurisprudencia constitucional, donde el *principio de unidad de mercado* ha sido frecuentemente utilizado como criterio de interpretación de las competencias reservadas al Estado. Sobre esta cuestión, *Vid. Infra.*, Capítulo IV, Epígrafe 2.

⁷³ Lejos de resultar hipotética, la aplicación directa del artículo 139 de la Constitución como consecuencia de la ausencia de desarrollo legislativo ha sido la regla general de nuestro modelo de garantía hasta la aprobación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado. Ésta tiene como finalidad el desarrollo legislativo del principio contenido en el artículo 139 de la Constitución, de manera que entre sus –discutidos– contenidos merece la pena destacar la previsión de una noción cierta de “obstáculo a la libre circulación”. Lo que es tanto como decir que, a partir de su entrada en vigor, la discusión sobre cuándo una medida fragmenta el espacio económico ha dejado de ser una cuestión opinable para convertirse en un hecho cierto. Sobre este punto, *Vid. Infra.*, Capítulo IV, Epígrafe 11.

entenderse por “obstáculo a la libre circulación”, sino en la constatación de que la medida enjuiciada puede ser calificada como tal.

En resumen, con independencia de cuál sea el origen de la lesión y del peso específico que la prueba pueda tener en la apreciación de la existencia de un obstáculo a la libre circulación, parece difícil negar que el *juicio de unidad* conforma un control de legalidad, antes que un problema de carácter constitucional. Precisamente por este motivo resulta imposible su reserva a un órgano, el Tribunal Constitucional, cuya competencia “se circunscribe al examen de la constitucionalidad y no de la legalidad”⁷⁴. De ahí, en fin, las dificultades que el control jurisdiccional de la integridad del espacio económico nacional encuentra en los sistemas –como el nuestro– de justicia constitucional concentrada⁷⁵.

2.4 Integración económica y mercado nacional: ¿un único *juicio de unidad*?

Los modelos políticamente descentralizados suponen el reparto de las potestades normativas y de ejecución sobre los mercados entre las distintas instancias nacionales. En esta distribución, la existencia de un único espacio económico aparece como límite al ejercicio competencial, impidiendo que las autoridades territoriales puedan hacer uso de las potestades asumidas con un afán manifiestamente proteccionista, o, al menos, que tengan como efecto el peor tratamiento de los operadores situados en otras partes del territorio. Como se ha indicado más arriba, el modo de controlar este tipo de situaciones ha pasado por la configuración de un *juicio de unidad* como criterio jurisdiccional para eliminar los obstáculos a la libre circulación económica, solución que,

⁷⁴ STC 54/1982, de 26 de julio, FJ. 7.

⁷⁵ Sobre esta cuestión, *Vid. Infra.*, Capítulo IV, Epígrafe 13. En términos generales, la vigencia de un modelo de justicia constitucional concentrada obliga a definir un control jurisdiccional ordenado en dos niveles: el ordinario de la jurisdicción contencioso-administrativa y el propio del Tribunal Constitucional, circunscrito a los supuestos en que las medidas potencialmente lesivas de la integridad del espacio económico nacional tengan su origen en una norma con rango de Ley. En este escenario, parece imprescindible articular alguna fórmula que garantice el manejo del mismo criterio en ambas sedes.

aunque no exenta de problemas, parece común a la totalidad de los Estados políticamente descentralizados.

Pero, al margen de dificultades específicas que pueden surgir de los rasgos propios de la cultura jurídica donde este *juicio de unidad* haya de ser aplicado, no puede desconocerse que la configuración de este *juicio de unidad* depende, además, de la participación del Estado en espacios económicos supranacionales dotados de sus propias garantías de unidad⁷⁶. Evidentemente, la decisión de situar el ordenamiento jurídico propio en el escenario complejo de una comunidad económica supraestatal exige resolver la nada sencilla cuestión del grado de permeabilidad del juicio interno de unidad. En supuestos de este tipo, ¿coexisten los juicios de unidad propios de cada uno de los espacios interrelacionados o, más bien, existe una armonía –una suerte de diálogo– entre los sistemas de garantías? Lejos de resultar baladí, la cuestión tiene, en mi opinión, una importancia capital, pues condiciona de manera notable el régimen jurídico de referencia para enjuiciar la validez de la actuación.

Entrando en esta cuestión, parece lógico pensar que la respuesta a este interrogante tenderá más hacia el extremo de la armonía cuanto mayor sea la comunidad material de intereses o principios entre los participantes en el espacio supranacional⁷⁷. El grado de permeabilidad del *juicio de unidad* será mínimo cuando la estructura supranacional se configure simplemente como un “área de libre comercio” orientada al incremento de los intercambios económicos a través de una estructura operativa bajo los dictados propios del Derecho Internacional Público y, por tanto, menos intensa en su influencia

⁷⁶ El proceso de internacionalización económica ha tenido como corolario la evidente insuficiencia de las instituciones estatales para hacer frente a los problemas que afectan a su economía. Por su misma naturaleza, las dificultades propias del proceso de globalización – caracterizado por la existencia de un mercado mundial liberalizado e integrado– no pueden ser solucionadas por la actuación unilateral del Estado. De ahí que el escenario institucional propio de la economía global presente un carácter cada vez más complejo. KOŁODKO, Grzegorz: *Globalisation and Transformation. Illusions and Reality*, Warsaw, Transformation, Integration and Globalization Economic Research Working paper, 2001, p. 6. Texto disponible en <http://goo.gl/Mus2Nn>

⁷⁷ En este sentido, BUSTOS GISBERT, Rafael: <<XV propuestas generales para una teoría de los diálogos judiciales>>, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012, p. 46.

sobre el ordenamiento jurídico estatal. Por el contrario, la participación en la –especial– configuración jurídica del “mercado interior comunitario” –presidida por el principio de efecto directo– parece que habrá de llevar a la necesaria proximidad entre los parámetros de control –*juicios de unidad*– manejados tanto en la instancia comunitaria como en los respectivos Estados miembros. Trataré de explicar este punto comenzando por la primera de las figuras indicadas.

2.4.1 Modelos “independientes”

Desde un punto de vista cuantitativo, el modo habitual de favorecer que los intercambios comerciales entre Estados fluyan libremente es la creación de un *área de libre comercio*⁷⁸. Como es bien sabido, este tipo de acuerdos presenta un carácter mínimamente integrador, operando exclusivamente una coordinación de los regímenes arancelarios de los Estados parte en base a las reglas clásicas del Derecho Internacional Público. Sin entrar en mayores detalles, se promueve la supresión de los obstáculos –arancelarios y no arancelarios– al comercio entre los Estados parte al tiempo que se mantiene la independencia plena con respecto de terceros países⁷⁹.

Pues bien, a los efectos que aquí interesan, la decisión de integrarse en alguno de estos espacios parece que tendrá una escasa incidencia sobre la

⁷⁸ En realidad, la teoría clásica concibe la integración económica como un proceso escalonado a través de cinco fases: área de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica; e integración económica. Por todos, BALASSA, Bela: *The Theory of Economic Integration*, Homewood, Richard D. Irwin, 1961, p. 2.

He preferido reunir bajo el concepto de “área de libre comercio” todas aquellas experiencias de integración con una intensidad cualitativamente menor a la realidad comunitaria. Siendo éste el único aspecto de interés a efectos del trabajo, no parece conveniente aumentar el –ya de por sí prolijo– elenco de conceptos y definiciones manejados en el texto. Las diferencias concretas entre las fases de integración apuntadas más arriba pueden verse en PELKMANS, Jacques: <<Economic Theories of Integration Revisited>>, en *Journal of Common Market Studies*, Núm. 4, 1980, pp. 334.

⁷⁹ Voz “Área de Libre Comercio” en PEREIRA CASTAÑARES, Juan Carlos (Coord.): *Diccionario de relaciones internacionales y política exterior*, Ariel-Ministerio de Defensa, Madrid, 2008. En el mismo sentido, el concepto de zona libre comercio establecido en la sección b del apartado 8 del artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947: “(...) se entenderá por zona de libre comercio, un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (...) con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos –y servicios– originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio.”

configuración del *juicio de unidad* manejado en el plano interno. Ciertamente, es muy probable que algunas de las construcciones desarrolladas por el órgano internacional correspondiente –generalmente de naturaleza arbitral– sean tenidas en cuenta por los juzgados y tribunales internos, pero esta recepción será una consecuencia del devenir político del sistema y no de su configuración jurídica. A primera vista, no es irrazonable pensar que la mayor o menor incidencia de los parámetros de control definidos desde el nivel internacional dependerá de su aceptación voluntaria por los órganos nacionales.

Entiéndase bien, las autoridades jurisdiccionales envueltas en este tipo de escenarios actuarán –sin lugar a dudas– movidas por lo que Poiares Maduro denomina “*institutional awareness*”, esto es, la “conciencia de que no ostentan el monopolio sobre las normas, sino que en ocasiones compiten con otras instituciones en su interpretación”⁸⁰. Sin embargo, cada órgano –nacional o supranacional– mantiene inalterada su plena competencia sobre los asuntos propios de su jurisdicción, de tal forma que la eventual cita o, incluso, la recepción de un razonamiento o una construcción procedente de la instancia supranacional no puede ser vista como un paso necesario para el funcionamiento del área de libre comercio, sino como una decisión libérrima del juez, que igualmente podría haber optado por recurrir a cualquier otro tribunal ajeno al sistema o por mantener su propio criterio. En otras palabras, no existe tanto un *diálogo judicial* cuanto una *comunicación transjudicial* entre instancias que deben enfrentarse a problemas similares⁸¹. El espacio económico nacional no se deslía en el área de libre comercio, sino que mantiene su propia identidad y sistema de garantías sin más influencias que las que su juez supremo decida admitir.

⁸⁰ POIARES MADURO, Miguel: <<Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism>>, en *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, Issue 2, 2007, p. 18.

⁸¹ Como recuerda Bustos Gisbert, en el plano internacional el término *comunicación transjudicial* fue acuñado por Slaughter para “describir un fenómeno poco común en épocas pasadas: el recurso cada vez más habitual de los tribunales nacionales a la jurisprudencia dictada por tribunales extranjeros”. BUSTOS GISBERT, Rafael: <<XV propuestas generales...>>, *Ob. Cit*, p. 18.

Siendo esto cierto, he optado por referirme a los sistemas jurídicos integrados en estructuras de este tipo como “*modelos independientes*”, caracterizados, en sus rasgos generales, por las siguientes notas:

- a) La integración del espacio económico nacional en una estructura supranacional,
- b) que se limita al mero intercambio comercial, sin ofrecer otros puntos de conexión material,
- c) para lo cual ordena las relaciones entre las distintas partes de conformidad con las reglas clásicas del Derecho Internacional Público,
- d) de manera que cada ordenamiento jurídico mantiene su propio sistema de garantías para la integridad del espacio económico nacional,
- e) pues no existe un *juicio de unidad* común a todos ellos.

Vistos en su conjunto, los “*modelos independientes*” responden a una estructura multiniveles que podríamos calificar como “débil” –*soft law*– por cuanto no cabe apreciar un único espacio económico asegurado conforme a un *juicio de unidad* común. Existe en el área de libre intercambio una coordinación entre una pluralidad de espacios económicos nacionales –dotados todos ellos de su propio *juicio de unidad*– formalmente iguales y sin más relación que la posible influencia que alguno de los mismos atribuya a las decisiones procedentes del otro⁸².

2.4.2 Modelos “dependientes”

Por contraposición a este modelo, la conformación del “*mercado común*” responde a una perspectiva integradora en la que al favorecimiento del libre comercio entre los Estados miembros se une la armonización de las

⁸² Ciertamente, esta afirmación anterior requeriría alguna precisión con relación a un tipo muy concreto de sistemas monistas, como son aquellos en los que se reconoce la superioridad jerárquica de las normas internacionales. No obstante, la limitada existencia de este modelo en la esfera política aconseja renunciar a su estudio. Baste con señalar que, a efectos de la clasificación que aquí se realiza, un ordenamiento jurídico monista que reconozca la primacía de la norma internacional sobre cualquier fuente jurídica interna tendría la consideración de “*modelo dependiente*” a la que se hará referencia seguidamente.

regulaciones sobre la actividad económica, amén de otros ámbitos de contenido distinto del económico⁸³. En esta línea, nadie discute que ya no existe un mercado español independiente, sino un espacio económico único a nivel comunitario⁸⁴, del mismo modo que nadie discute la primacía de las normas comunitarias sobre las propias del ordenamiento interno o su obligada aplicación por los jueces ordinarios nacionales.

Sobre estas variables, he dado en llamar a los sistemas jurídicos integrados en el espacio comunitario como “*modelos dependientes*”, caracterizados porque:

- a) Se desarrollan en estructuras más intensas de integración cuyos objetivos van más allá de los intercambios comerciales
- b) para lo cual definen un sistema unificado que pretende la aplicación uniforme de las normas,
- c) y, de otra, conformando los órganos jurisdiccionales estatales como jueces propios
- d) sujetos, en el desempeño de sus funciones, a los criterios –*juicio de unidad*– definidos por el supremo órgano jurisdiccional supranacional
- e) sin perjuicio de admisibilidad de niveles distintos de garantía siempre que sean compatibles con el propio del ámbito comunitario.

En resumen, los Estados miembros del espacio económico comunitario habrían renunciado a interpretar las libertades económicas internas de manera inconexa a la efectuada en el mismo⁸⁵, de manera que todos ellos coinciden en

⁸³ En este sentido, PELKMANS, Jacques: <<Economic Concept and Meaning of the Internal Market>>, en PELKMANS, Jacques; HANF, Dominik; y CHANG, Michele (Eds.): *The EU Internal Market in Comparative Perspective. Economic, Political and Legal Analyses*, Peter Lang, Bruselas, 2008, p. 31.

⁸⁴ Por todos, CIDONCHA MARTÍN, Antonio: <<La unidad económica antes...>>, Ob. Cit., p. 13.

⁸⁵ En el mismo sentido, CASAS BAAMONDE –Presidenta del Tribunal Constitucional– para quien “la unidad de mercado no sólo viene asegurada a través de las competencias económicas que el bloque de la constitucionalidad reserva al Estado (y de las que mediante los Tratados constitutivos se han cedido a la Unión Europea) sino también, y sobre todo, *mediante una serie de principios que constitucionalizados, en especial en el art. 139.2 CE y comunitarizados, sobre todo en los arts. 39 y ss. TCE, limitan y enmarcan la acción de todos los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias*” (voto particular a la STC 173/2005,

la aplicación de un mismo *juicio de unidad*, entendido no en términos de identidad, sino de compatibilidad⁸⁶. Sólo así parece posible asegurar el núcleo esencial de esta experiencia de integración: los operadores económicos disfrutarán de las mismas libertades económicas que existen en el plano interno⁸⁷.

Sea como fuere, esta “zona gris” entre identidad y compatibilidad aún admite dos formas distintas de entender la relación entre los parámetros de control vigentes en los planos interno y comunitario. En efecto, existe una percepción bastante extendida en el sentido de considerar el mercado nacional como un elemento autónomo –parcialmente distinto– dentro del más amplio de la Unión Europea. Esta tesis parte de una concepción de mínimos sobre la libre circulación que tiende a identificarla con los traslados físicos. Así, bajo la misma la proyección espacial de la actividad afectada se maneja como criterio esencial para seleccionar el *juicio de unidad* aplicable. Con carácter general, los movimientos que transcurren íntegramente dentro de las fronteras nacionales quedarán sujetas al ordenamiento estatal. Por el contrario, el hecho físico de cruzar la frontera hacia otro Estado miembro lleva aparejado un salto al *juicio de unidad* comunitario.

Por lo demás, los efectos de este enfoque –no así sus causas– coinciden con los derivados de la postura del juez constitucional, quien ha hecho suya la tesis de la autonomía de las dos esferas jurídicas, comunitaria y nacional⁸⁸, de manera que el orden comunitario “no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español, ni siquiera en el caso de que la supuesta contradicción sirviera

de 23 de junio). También VIVER I PI–SUNYER pone de manifiesto las similitudes existentes entre la configuración jurisprudencial de estos derechos en el ámbito comunitario y la interpretación del artículo 139 CE realizada por nuestro Tribunal Constitucional. VIVER I PI–SUNYER, Carles: <<La libertad...>>, *Ob. Cit.*, p. 57.

⁸⁶ Como apunta Bustos Gisbert: “Lo que el diálogo persigue (o, si se quiere, la razón por la que el diálogo es necesario) es asegurar el funcionamiento simultáneo de dos (o más) ordenamientos jurídicos en espacios en los que ambos podrían ser aplicables. No pretende que sean dos ordenamientos que regulen las cuestiones controvertidas de idéntica forma. (...) El problema es que esa diversidad no sea tan excesiva como para impedir el funcionamiento conjunto de ambos ordenamientos.” BUSTOS GISBERT, Rafael: <<XV propuestas generales...>>, *Ob. Cit.*, p. 39.

⁸⁷ PELKMANS, Jacques: *Market integration in the European Community*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1984, p. 154.

⁸⁸ *Vid. Infra.*, Capítulo IV.

para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, atendiendo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE”⁸⁹. Frente a esta caracterización, el estudio defiende una concepción amplia.

A mi juicio, el enfoque anterior propicia una situación que podría calificarse como un *área cualificada de libre comercio*. Cualificada porque, a diferencia de un “área de libre comercio”, la permeabilidad de los parámetros internos de control queda desprovista de cualquier rasgo voluntarista: se atribuye al legislador comunitario la competencia para aproximar las regulaciones estatales mediante el ejercicio de sus potestades de armonización. Pero, a mi juicio, sería erróneo desconocer que el enfoque apuntado tiene como corolario la pervivencia de espacios económicos separados. Este modo de articular el *mercado interior* supone admitir que la fragmentación del espacio económico nacional no supone necesariamente la propia del existente a nivel comunitario. En último extremo, no hay un único espacio económico supranacional, sino que éste coexiste como un elemento absolutamente independiente de los propios de los Estados miembros⁹⁰. A mi entender, la situación resulta incongruente –cuando menos– desde dos perspectivas.

Desde la propia lógica de la economía política, la eventual existencia de juicios alternativos supone un dislate, pues es sobradamente conocido que las situaciones de competencia de este tipo tienden a resolverse mediante la imitación del sistema más permisivo⁹¹. Al cabo, no parece probable que ningún

⁸⁹ STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ. 2.

⁹⁰ Resulta ilustrativa al respecto la queja manifestada por la Abogada General Sharpson en sus Conclusiones a la STJCE de 1 de abril de 2008, *Flemish Care Insurance* (Asunto C-212/06): “Debo confesar que encuentro profundamente paradójico el que, mientras los últimos 50 años han estado dedicados a abolir obstáculos a la libertad de circulación entre los Estados miembros, las entidades descentralizadas de los Estados miembros puedan, no obstante, reintroducir barreras por la puerta falsa estableciéndolas dentro de los Estados miembros. Cabría preguntarse, retóricamente, qué clase de Unión Europea es ésta si la libertad de circulación está garantizada entre Dukerque (Francia) y De Panne (Bélgica), pero no entre Jodoigne y Hoegaarden” (Par. 116).

⁹¹ Así, de conformidad con el Teorema de Coase, en condiciones de igualdad de costes sociales y privados, el incremento del valor de la producción vendrá dado por la reducción de los costes de transacción. COASE, Ronald: <<Notas sobre el problema del coste social>>, en *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Económica, Madrid, 1994, p. 166. De este modo, suponiendo una situación productiva similar entre los Estados miembros del área económica, es de esperar que aflore una tendencia a incrementar los beneficios mediante una interpretación uniforme de los derechos económicos que reduzca las trabas a la libre

gobierno decida imponer un régimen más gravoso a las actividades económicas desarrolladas íntegramente en su territorio que el vigente para los intercambios con otros Estados comunitarios, a menos que este escenario de “discriminación inversa” dé origen a alguna ventaja económica⁹². Y la misma tendencia terminaría por imponerse en el caso opuesto, pues la pasividad estatal para extender a los operadores comunitarios un posible régimen más favorable aplicable en el ámbito interno podría conformar por sí misma un obstáculo a la libre circulación comunitaria. Sin duda, esta explicación resulta simplista en exceso, pero la experiencia de Suiza –país ajeno a la Unión aunque situado en el centro geográfico de la misma– resulta ilustrativa de la tendencia natural al empleo de un *juicio de unidad* esencialmente igual en ambas esferas. Ante a los efectos económicos derivados de su aislamiento respecto de la Unión Europea el intérprete helvético ha hecho suya la interpretación del Tribunal de Justicia sobre la libre circulación⁹³.

De otro lado, la potencial aparición de juicios alternativos no es admisible desde una perspectiva procesal, máxime cuando se da la circunstancia de que el orden competente para resolver todos los conflictos –internos y comunitarios– es el mismo: el juez ordinario. Mantener el carácter alternativo de los juicios supone admitir la paradoja de que un criterio, la extraterritorialidad, pensado para identificar el órgano competente acabe por ser inútil para este fin, pero sirva, no obstante, para justificar por sí mismo el manejo de juicios distintos a supuestos esencialmente idénticos.

Quizás resulte útil poner un ejemplo: imaginemos que el legislador estatal de Malta decidiese prohibir la venta de determinados libros de texto cuyos contenidos se consideran contrarios a los valores propios de la religión

circulación (costes de transacción). En tal caso, resulta evidente que terminará por imponerse aquella normativa que garantiza un mayor grado de libre circulación.

⁹² La experiencia comunitaria revela que, en algunos casos, la vigencia de requisitos distintos sobre las características que deben cumplir las mercancías para su comercialización puede contribuir a mejorar la eficacia del mercado, pues pone coto a la homogeneidad de los productos ampliando la capacidad decisoria del consumidor. Sobre este aspecto, *Vid. Infra., Capítulo III, Epígrafe 5.4.*

⁹³ VEDASCHI, Arianna: <<L’ouverture del Tribunale federale svizzero alla giurisprudenza delle Corti europee>>, en VV.AA.: *Corti nazionali e Corti europee*, Edizioni Scientifiche Italiani, Nápoles, 2006, pp. 318 y ss.

católica, declarada oficial en su Constitución⁹⁴. En este caso, los editores comunitarios que se sientan perjudicados por la misma podrán reclamar de los tribunales nacionales –en tanto que jueces comunitarios– la aplicación del *juicio de unidad* propio de la Unión Europea, especialmente intenso en este tipo de conductas relativas al acceso de bienes al mercado. Por el contrario, las demandas procedentes de los empresarios nacionales –carentes de este punto de conexión supranacional– únicamente podrían ser analizadas de conformidad con el *juicio de unidad* interno, cuya intensidad habrá sido definida por el propio legislador nacional. En este escenario hipotético no es difícil anticipar dos dificultades.

Por comenzar apuntando la más sencilla, parece claro que el carácter alternativo entre los juicios estatal y comunitario deriva en la mejor posición de los operadores ocupados en ambos niveles. Pudiendo optar entre ambos, éstos gozarán de la capacidad de “elegir” el *juicio de unidad* que resulte más conveniente para sus intereses⁹⁵.

Fuera de este aspecto puntual, las mayores dificultades tienen su origen en la falta de correspondencia de las causas justificativas de restricciones a la libre circulación vigentes en los ordenamientos estatal y comunitario. En el ejemplo apuntado, las previsiones constitucionales quizás pudieran bastar para justificar una prohibición de este tipo desde la perspectiva exclusiva de la integridad del espacio económico nacional, esto es, sin entrar a valorar su posible incidencia sobre otros preceptos constitucionales, principalmente los derechos fundamentales. Y, sin embargo, la misma norma podría ser contraria al ordenamiento comunitario, salvo que el gobierno de Malta acreditase la presencia de alguna de las causas justificadoras definidas –de manera estricta– por el Tribunal de Justicia.

⁹⁴ En términos generales, el artículo 2 de la Constitución de Malta de 1964 prevé el carácter oficial de la religión Católica Apostólica Romana; el derecho y el deber de las de dicha Iglesia para enseñar los principios del bien y el mal; y 3), el carácter obligatorio de la religión católica dentro del sistema público de educación.

⁹⁵ Algo similar acontece en nuestro ordenamiento constitucional, donde la configuración operada en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, confiere al empresario un amplio notable margen de decisión en materia de recursos administrativos y protección en sede judicial. *Vid. Infra.*, Capítulo IV, Epígrafe 10.

El problema no reviste carácter grave mientras existan mecanismos para depurar estas situaciones, pero si se pretende evitar que el criterio de la extraterritorialidad conduzca a resultados disfuncionales es preciso asegurar la compatibilidad entre los criterios manejados en ambos niveles, para lo cual debe existir una comunicación fluida entre los órganos jurisdiccionales implicados. El *juicio de unidad* manejado en el plano interno habrá de tener, como mínimo, el mismo alcance que el propio de la Unión Europea⁹⁶. Deben descartarse las concepciones excesivamente procesalistas que identifican el espacio económico comunitario con los movimientos transfronterizos. La propia lógica del sistema invita a pensar que debe existir una relación entre las exigencias internas y comunitarias sobre la integridad del espacio económico⁹⁷, pues de lo contrario puede llegarse al absurdo de concluir que la fragmentación de una parte –el espacio económico nacional– resulta irrelevante a efectos de la integridad del todo, el *mercado común*⁹⁸. Quizás el espacio económico nacional no se haya visto totalmente desplazado por el propio de la Unión Europea, pero tampoco puede funcionar de manera independiente⁹⁹.

En resumen, el análisis del *juicio de unidad* vigente en un ordenamiento concreto no puede ser analizado sin tener en consideración la configuración de los espacios supranacionales de los que dicho Estado es parte integrante. Cualquiera que sea ésta, es evidente que habrá de hacerse un esfuerzo por asegurar un mínimo grado de coherencia entre los criterios seguidos en cada

⁹⁶ En este sentido, ALONSO MAS, María José: <<El marco comunitario: las libertades de establecimiento y prestación de servicios>>, en ALONSO MÁS, María José (Coord.): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014, p. 46.

⁹⁷ En este mismo sentido, FERNANDO PABLO, Marcos: <<Unidad de mercado, discriminaciones inversas y el papel del Tribunal Constitucional>>, en *Noticias de la Unión Europea*, Núm. 317, 2011, p. 2.

⁹⁸ En este punto, la experiencia señala que los retos no se sitúan en los tribunales ordinarios, obligados *ex lege* a asumir los criterios definidos en sede comunitaria. Antes bien, la resistencia en el sentido indicado ha sido tradicionalmente patente en la especial relación que el Tribunal de Justicia de la Unión mantiene con los Tribunales Constitucionales nacionales. Por todos, en el caso español, la STC 58/2004, de 19 de abril, FJ. 4: “la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es (...) una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales”.

⁹⁹ Sobre la pervivencia del espacio económico nacional tras la integración comunitaria, *Vid. Infra.*, Capítulo III, Epígrafe III.

uno de los distintos ámbitos. Especialmente en aquellos supuestos –como el español– susceptibles de calificarse como “*dependientes*” a resultas de la intensidad de las técnicas de integración. En estos casos, la existencia de un verdadero espacio económico supranacional, integrado por el propio de los Estados miembros, obliga a acercar el *juicio de unidad* vigente en el ordenamiento al propio de la Unión Europea. Proximidad que, en todo caso, no supone necesariamente la identidad exacta de los parámetros, sino su compatibilidad. De un modo difícil de precisar, el estudio parte de la existencia de un único espacio económico a nivel comunitario, cuya integridad resulta asegurada por dos niveles o *juicios de unidad* complementarios.

3. Precisiones metodológicas

Las explicaciones precedentes permiten valorar de manera más precisa la finalidad del presente trabajo: intentar definir un modelo de control efectivo que permita fiscalizar las actuaciones capaces de fragmentar el espacio económico español. Como se ha visto, el asunto resulta especialmente complejo tanto por la identificación de la jurisdicción más adecuada para conocer de este tipo de asuntos, como por la integración española en el mercado interior comunitario. Ambas circunstancias han llevado a una convicción sobre la conveniencia de manejar una metodología comparada y eminentemente jurisprudencial.

3.1 Metodología comparada: el modelo norteamericano

La mirada al ámbito comunitario era inevitable desde el momento en que el trabajo toma como premisa la conmixtura entre los espacios económicos español y comunitario. La calificación de nuestro modelo como “*dependiente*” trae consigo que el *juicio de unidad* aplicado en España haya de ser definido de conformidad con los criterios manejados en sede comunitaria. Era necesario, por tanto, conocer cuáles son tales criterios. Más aún cuando la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado declara expresamente la influencia que la

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido en la definición del modelo adoptado¹⁰⁰.

Salvado el caso comunitario, el estudio de la experiencia norteamericana puede requerir alguna explicación adicional. Ciertamente, el Derecho comparado tiene una función clásica en los trabajos académicos como instrumento para orientar la evolución del ordenamiento jurídico propio por medio del análisis de los modelos extranjeros¹⁰¹, por lo que podría pensarse que razonar su empleo supone poco menos que un esfuerzo innecesario. Pero si se ha optado por justificar la utilización del método comparado es, precisamente, para poner el acento en su función esencial dentro del trabajo.

En efecto, centrarse únicamente en la dinámica propia hubiera hecho imposible alcanzar alguna de las conclusiones incluidas en la investigación por la muy sencilla razón de la inexperiencia española en el tratamiento de estos asuntos. Fuera de algún episodio excepcional –en concreto, el Estado integral– el modelo español se ha caracterizado históricamente por un fuerte grado de centralismo que imposibilitaba la aparición de problemas como los que aquí se abordan. Es la Constitución de 1978 la que, por primera vez, plantea la cuestión de cómo articular la capacidad normativa del nivel autonómico de manera que se preserve, simultáneamente, la integridad del espacio económico nacional. Aunque con importantes cautelas, la metodología comparada viene a cubrir esta laguna en nuestra experiencia constitucional¹⁰².

¹⁰⁰ Preámbulo de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado: "(...) Asimismo, se ha tenido en cuenta la profusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los principios básicos establecidos en esta Ley. En particular, en relación con los principios de necesidad y proporcionalidad, el principio de eficacia nacional y el principio de no discriminación."

¹⁰¹ PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo: *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, CEDAM, Padova, 2007, pp. 17-18.

¹⁰² De manera ilustrativa, García de Enterría advierte que "aunque el Derecho comparado pueda y deba proporcionarnos un cuadro general y hasta un catálogo de posibles respuestas técnicas, todo ello imprescindible para que el jurista pueda familiarizarse con un juego institucional especialmente complejo, lo que será inadecuado será buscar en él soluciones definitivas para nuestros propios problemas, porque resulta que tampoco esas soluciones son fórmulas cerradas y permanente en los países donde han surgido, con independencia ya de todo su contexto constitucional específico". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: <<Prólogo>>, en BORRAJO INIESTA, Ignacio: *Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio en la Constitución de EE.UU.*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986, p. v.

Más allá de esto, la decisión de tomar precisamente el ordenamiento estadounidense como modelo comparado responde a razones de diversa índole. Sin lugar a dudas, la principal de todas ellas ha sido el grado de influencia del mismo tanto en el funcionamiento del mercado interior comunitario, como, de manera indirecta, en el propio.

La compatibilización entre la unidad económica y la autonomía política no sólo ha marcado el devenir del modelo federal norteamericano desde sus orígenes en la Constitución de 1787¹⁰³. En la actualidad la denominada “cláusula de comercio” sigue siendo el eje en torno al cual oscila el equilibrio de poder entre el poder comercial del Congreso y el propio de los Estados¹⁰⁴. Precisamente como resultado de esta continuada labor constructiva, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos disfruta de una suerte de liderazgo en la definición del *juicio de unidad*¹⁰⁵, hasta el punto que un estudio sobre el mismo que no incluya un tratamiento sobre la interpretación de la “cláusula de comercio” parecería incompleto.

3.2 Análisis jurisprudencial

Al hilo de esta circunstancia aparece una segunda precisión metodológica sobre este trabajo: su carácter eminentemente jurisprudencial. A lo largo de este Capítulo se ha ido insistiendo en el carácter voluble del equilibrio entre la unidad y el interés legítimo de las comunidades que integran el Estado. El *juicio de unidad* presenta un carácter extraordinariamente complejo en el que necesariamente se entremezclan principios abstractos –unidad y autonomía–, elementos de valoración política –promoción de intereses legítimos– y técnicas jurídicas específicas –juicio de proporcionalidad–, con un conjunto de datos fácticos –a saber, el efecto que la medida enjuiciada tiene sobre los operadores económicos– de naturaleza esencialmente económica¹⁰⁶.

¹⁰³ *Vid. Infra.*, Capítulo II, Epígrafe 1.

¹⁰⁴ Por todos, BORRAJO INIESTA, Ignacio: *Federalismo y unidad económica...*, *Ob. Cit.*, pp. 155-156.

¹⁰⁵ Sobre la importancia de la autoridad interpretativa en el desarrollo del diálogo entre tribunales, BUSTOS GISBERT, Rafael: <<XV propuestas generales ...>>, *Ob. Cit.*, p. 35.

¹⁰⁶ A propósito de la complejidad de este juicio, Villalta Puig recoge la descripción que, en tono humorístico, realizaba uno de los constitucionalistas australianos más destacados del siglo XX, Sir Robert Garran, al imaginar la reacción de quien, al comenzar sus estudios de Derecho

Quiero decir con ello que las aportaciones doctrinales al respecto tienen un interés notablemente menor al de los criterios empleados por los órganos jurisdiccionales en la resolución cotidiana de este tipo de asuntos. Se trata de analizar un procedimiento judicial de control desde la construcción operada por los propios tribunales.

Quizás este carácter técnico haya coadyuvado a que la ordenación jurídica del mercado sea uno de los ámbitos donde con mayor claridad puede apreciarse la existencia de una comunicación transjudicial¹⁰⁷. Por más que hasta la fecha no pueda hablarse tanto de un diálogo como de una comunicación horizontal entre tribunales¹⁰⁸, la lectura de opiniones tan alejadas geográficamente como las norteamericanas, comunitarias y españolas pone de manifiesto que existe una relación –en ocasiones expresa– entre jurisprudencias. En consecuencia, la investigación realizada debe entenderse como una conversación –en tonos de voz distintos– sobre el contenido de las libertades económicas mantenida entre tres protagonistas: Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Supremo de los Estados Unidos. El estudio de la labor jurisprudencial de todos ellos servirá para concluir cuáles son los criterios que deben conformar un *juicio de unidad* operativo en el ordenamiento constitucional español.

3.3 Alcance material de la investigación

Dos últimos apuntes antes de comenzar. El contenido de la investigación se limita a la integridad del espacio económico como límite a la actuación de los poderes públicos territoriales. Queda fuera del estudio, por tanto, la utilidad de aquella como elemento de interpretación –y ampliación– de las competencias estatales, de manera que no debiera buscarse en las referencias a la misma un fin distinto al de contribuir a la claridad del discurso principal.

Constitucional, se encontraba con la problemática de la unidad de mercado: “The student closes his notebook, sells his Law books, and resolves to take up some easy study, like nuclear physics or higher mathematics”. VILLALTA PUIG, Gonzalo: *The High Court of Australia...*, Ob. Cit., p. 31.

¹⁰⁷ Vid. *Supra.*, Nota 74.

¹⁰⁸ Sobre esta cuestión, VERGOTTINI, Giuseppe de: *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010, en especial el Capítulo 1: “Del espacio cultural común al supuesto diálogo entre tribunales”.

Con todo, me temo que alguna referencia será inevitable a resultados de la posición mantenida por nuestro Tribunal Constitucional¹⁰⁹.

Por otro lado, la extensión y complejidad del trabajo han aconsejado renunciar a un análisis exhaustivo de las distintas libertades económicas para centrarse en la libre circulación de bienes. Ésta conforma un requisito imprescindible para el ejercicio de las actividades económicas y sobre ella se ha desarrollado la configuración jurisdiccional –estadounidense y comunitaria– del *juicio de unidad*, por lo que las conclusiones que se alcancen en relación con la misma pueden hacerse extensibles –con la debida cautela– a las restantes libertades consagradas en el artículo 139 de la Constitución.

¹⁰⁹ Vid. *Infra.*, Capítulo IV, Epígrafes, 2 y 3.

CAPÍTULO II

“E PLURIBLUS UNUM”: LA INTEGRIDAD DEL ESPACIO ECONÓMICO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

1. Introducción

La necesidad de incluir algún mecanismo mediante el que controlar las actuaciones públicas susceptibles de fragmentar el espacio económico nacional supone una novedad –derivada de la aprobación de la Constitución de 1978– en una historia constitucional española de signo tradicionalmente centralista. Por este motivo, buena parte de los estudios realizados han tendido a suplir la carencia de una experiencia interna sobre el asunto con el análisis de la configuración vigente en el ordenamiento estadounidense¹¹⁰. Éste no es una excepción.

La unidad económica es uno de los compromisos esenciales en los que se sustenta el sistema federal estadounidense¹¹¹. Resulta mayoritariamente aceptado que la incapacidad de la Confederación para reconciliar los intereses comerciales de los Estados y poner fin a la crisis económica subsiguiente a la independencia fue el detonante del nuevo modelo de gobierno establecido por la Constitución de 1797¹¹². Las demandas realizadas en este sentido acabarían

¹¹⁰ En nuestro país, la cláusula de comercio ha sido estudiada con mayor profundidad en BORRAJO INIESTA, Ignacio: *Federalismo y unidad económica...*, Ob. Cit., *Passim.*; y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización política (Libre circulación de mercancías y control judicial en EEUU y en la Unión Europea)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

¹¹¹ Así, para el Juez Marshall, “El poder sobre el comercio (...) fue uno de los objetivos primarios por los que el pueblo americano adoptó su Gobierno”. *Gibbons v. Ogden* (22 U.S. 1, 190).

¹¹² Una exposición sobre la situación económica y la dinámica proteccionista subsiguiente a la independencia estadounidense puede consultarse en BORK, Robert H. y TROY, Daniel E.: <<Locating the boundaries: the scope of Congress’s power to regulate commerce>>, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 25, pp. 855 y ss. Por su parte, la incidencia directa de dicha situación sobre la configuración del sistema federal ha sido resaltada en numerosos pronunciamientos judiciales. Así, el Juez Webster señala que “Pocas cosas se conocen mejor

concretándose en la habilitación federal “Para regular el comercio con las naciones extranjeras, entre los distintos Estados, y con las tribus indias”¹¹³, esto es, en la conocida como “cláusula de comercio”. Sobre la misma trata el Capítulo que ahora comienza, si bien –por razones obvias– no se analizarán todos los contenidos previstos en la cláusula, sino que me centraré exclusivamente en la parte correspondiente al comercio interestatal.

Sobre este aspecto, la labor judicial ha ido perfilando progresivamente una estructura de garantía de la unidad económica que confiere al nivel federal de gobierno buena parte de la iniciativa. No digo nada nuevo si apunto que la cláusula de comercio es una construcción altamente compleja que confiere preferencia al Congreso en su actividad regulatoria de la práctica totalidad de realidades ligadas a la economía. Y lo hace por medio de las tres dimensiones o doctrinas construidas en torno a la cláusula de comercio.

2. Las dimensiones de la cláusula de comercio y la doctrina de la *pre-emption*

La garantía jurídica de la unidad del espacio económico federal ha requerido de una notable actividad jurisdiccional. Partiendo de la escueta previsión constitucional apuntada, el Tribunal Supremo se ha visto forzado a conciliar los distintos intereses en juego por medio de tres dimensiones o doctrinas construidas en torno a la cláusula de comercio¹¹⁴.

Bajo la denominada *dimensión positiva*, la cláusula de comercio define una competencia transversal que permite al legislador federal regular el

que las causas inmediatas que dieron lugar a la adopción de la actual Constitución; y ninguna resulta más clara que el objetivo principal fue regular el comercio; para rescatarlo de las embarazosas y destructivas consecuencias derivadas de la regulación de tantos Estados diferentes, y ponerlo bajo la protección de una ley uniforme”. *Gibbons v. Ogden* (22 U.S. 1, 11). Por su parte, para el Juez Marshall “Resulta dudoso si alguno de los males derivados de la debilidad del gobierno federal contribuyó más a la gran revolución constitucional que introdujo el actual sistema constitucional que la profunda y general convicción de que el comercio debía ser regulado por el Congreso”. *Brown v. State of Maryland* (25, U.S., 419, 446).

¹¹³ Constitución de los Estados Unidos de América de 1787: Artículo I, Sección Octava, Cláusula tercera.

¹¹⁴ En el mismo sentido, BORRAJO INIESTA, Ignacio: *Federalismo y unidad económica...*, Ob. Cit., pp. 37-38 y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, Ob. Cit., pp. 57 y ss.

comercio interestatal. Adelanto ya que la interpretación de la misma ha derivado –desde los años treinta del siglo pasado– en el reforzamiento de la instancia central de poder, permitiendo su intervención sobre cualquier materia en la que se aprecie una relativa incidencia económica, aun cuando la misma sea de carácter indirecto¹¹⁵. Una concepción que no nos resulta extraña por cuanto tiene de similar a la lectura que nuestro juez constitucional ha venido realizando del título competencial contenido en el artículo 149.1.13ª de la Constitución¹¹⁶. Desde esta óptica, el alcance del poder federal resulta definido por la aplicación de un *rational basis test* a la actuación del Congreso¹¹⁷.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo ha derivado de esta previsión constitucional un límite a las competencias estatales para regular el comercio interestatal. Sin entrar ahora a su análisis, no está de más incluir ya aquí una matización: la *cláusula de comercio negativa o latente* puede operar en un doble sentido. De una parte, completa la vertiente competencial, prohibiendo a los Estados que el ejercicio de sus competencias propias pueda derivar en la fragmentación del espacio económico nacional. De otra, la misma *dimensión negativa* garantiza las libertades económicas reconocidas como derechos subjetivos de los individuos, prohibiendo a las autoridades estatales la adopción de una medida de carácter proteccionista. Como consecuencia del enfoque adoptado, esta última dimensión de la vertiente prohibicionista apenas recibirá un tratamiento tangencial.

Finalmente, la cláusula de comercio ha tenido incidencia –aunque de manera más remota– en el modo en que se relacionan las normas infraconstitucionales en los supuestos de ejercicio concurrente de las competencias propias. Conforme el poder comercial de la Federación se fue

¹¹⁵ Se ha discutido si la interpretación del Tribunal Constitucional en el sentido de incluir en el artículo 149.1.13ª CE todas las actuaciones en relación con las actividades económicas o sobre cualquier elemento que incida en su desarrollo supone un reflejo de la lógica propia de la cláusula de comercio positiva. Aunque la postura mayoritaria sigue mostrándose contraria a la recepción, no han faltado autores que aprecian la existencia de una migración de ideas constitucionales entre ambos ordenamientos. Entre los mismos, ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomía política y unitat económica...*, Ob. Cit., p. 199 y CARRASCO DURÁN, Manuel: *El reparto de competencias...*, Ob. Cit., p. 463.

¹¹⁶ Constitución española: Art. 149.1.13ª: “(El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:) 13ª. La regulación de Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.”

¹¹⁷ Vid. *Infra.*, Epígrafe 5.2.1.

expandingo sobre un número mayor de materias se hizo preciso perfilar una regla para la resolución de este tipo de conflictos. De este modo, la denominada *doctrina de la pre-emption* se limita a declarar la primacía de la norma federal sobre regulación estatal coincidente¹¹⁸.

A la luz de las precisiones realizadas, en este Capítulo me centraré principalmente en el análisis de la denominada *cláusula de comercio latente*. Aunque con las precisiones que se realizarán más adelante, ésta supone un juicio separado –y sucesivo– del propio de la titularidad de la competencia que se centra en la eliminación de los posibles obstáculos al comercio entre los Estados. Ambas son características esenciales del *juicio de unidad* que conforma el objeto de este trabajo.

Esto no significa, empero, que las restantes dimensiones del precepto estadounidense permanezcan inéditas. La *cláusula de comercio positiva* ha incidido de manera inmediata en la conformación del control sobre la integridad del espacio económico nacional por parte del Tribunal Supremo. Como se puede suponer, la amplitud con la que se ha definido la materia “comercio interestatal” ha supuesto una notable disminución de los supuestos en los que resulta necesario cuestionarse acerca de los límites internos de la competencia estatal. Antes bien, el carácter transversal del poder federal determina que los conflictos relativos a la unidad de mercado sean vistos como una invasión competencial. Esta evolución tiene un interés de primer orden para nuestro modelo, puesto que evidencia el progresivo debilitamiento de las garantías jurisdiccionales –del *juicio de unidad*– y el abandono en la eficacia de los controles de naturaleza política¹¹⁹. En tanto parece que nuestro modelo avanza

¹¹⁸ Esta doctrina de la *pre-emption* supone la traslación al ámbito del comercio interestatal de la cláusula de supremacía prevista en el Artículo VI, Cláusula segunda de la Constitución de los EE.UU.: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.”

¹¹⁹ En este sentido, *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (469 U.S. 528, 552): “Los intereses soberanos de los Estados están protegidos de manera más adecuada mediante las garantías procedimentales inherentes a la estructura del sistema federal que por las limitaciones sobre el poder federal creadas judicialmente”.

por la misma vereda, he creído adecuado dedicar unas páginas a este problema.

Por el contrario, la atención prestada a la última de las dimensiones de la cláusula de comercio –*pre-emption*– será significativamente menor. Es cierto que este rasgo del Derecho Constitucional estadounidense se encuentra también presente en el modelo comunitario. Pero no ocurre así con el ordenamiento jurídico español, por lo que no se ha juzgado necesario proceder a un estudio más detallado. Más aún si se advierte que la técnica de la *pre-emption* presenta un ámbito de aplicación distinto al propio del *juicio de unidad*. En efecto, mientras éste valora la existencia de una fragmentación del espacio económico constitucionalmente consagrado, aquélla se limita a definir un criterio para la resolución de conflictos entre varias normas concurrentes cuando éstas son simultáneamente aplicables. Así, la *doctrina de la pre-emption* tendría aplicación en un momento temporal posterior al propio del *juicio de unidad*.

Un último apunte antes de iniciar el Capítulo. Las distintas dimensiones de la cláusula de comercio conforman realidades entrelazadas en el discurso jurisprudencial, apareciendo de manera progresiva en el devenir del contexto político constitucional norteamericano. Por esta razón, la exposición sigue un criterio cronológico de ordenación de los asuntos. La decisión quizás dificulte la identificación de los criterios específicos manejados por el Tribunal Supremo para la resolución de los problemas relativos a la unidad de mercado. Sin embargo, el objetivo de estas líneas no consiste en perfilar un *juicio de unidad* que –por las características del ordenamiento jurídico estadounidense– no puede ser trasladado automáticamente al orden jurídico español, sino presentar cuál ha sido la conformación del –primer– control normativo basado en la integridad del espacio económico, acentuando sus dinámicas propias y los problemas de sus distintos elementos, toda vez que los mismos no resultan ajenos al común de los Estados políticamente descentralizados¹²⁰. Al tiempo, la

¹²⁰ Es habitual el empleo del modelo norteamericano como punto de referencia para el estudio del sistema comunitario ya desde el clásico trabajo de CAPPELLETTI, Mauro, *et. al.*: *Integration through Law: Europe and American Federal experience*, Walter de Gruyter, Berlín y Nueva York, 1986. Más llamativa pudiera resultar la identidad de problemas entre aquél modelo

exposición cronológica facilita la comprensión de una evolución caracterizada por la inexistencia de cambios drásticos entre las distintas visiones¹²¹.

3. El control basado en la titularidad competencial (I). La inactividad del Congreso

Más arriba se apuntó que la estructura federal surgida de la Constitución de 1787 es resultado de la insuficiencia competencial de la Confederación constituida inicialmente por las colonias. Los años posteriores a la independencia de Gran Bretaña estuvieron marcados por una dinámica proteccionista que alcanzó no sólo a los acreedores y comerciantes británicos – destinatarios de un buen número de normas estatales confiscatorias –, sino también a los ciudadanos de otros Estados miembros de la estructura confederal¹²². En este escenario, la convención constitucional de Philadelphia no dudó en atribuir a la nueva instancia central de gobierno una competencia explícita para ordenar el comercio entre los Estados¹²³.

y el sistema constitucional australiano, que ha terminado ocasionando la aproximación de éste a la jurisprudencia estadounidense, según expone VILLALTA PUIG, Gonzalo: *The High Court of Australia...*, Ob. Cit. De igual modo, la extensión del poder económico del nivel central y las dificultades para su control tampoco le resultarán desconocidas al lector habituado a la distribución territorial del poder en nuestro modelo. Valga por la multitud de trabajos académicos sobre esta cuestión el riguroso estudio de CARRASCO DURÁN, Manuel: El reparto de competencias..., Ob. Cit.

¹²¹ En opinión de Tushnet, la historia de la cláusula de comercio –al menos de su dimensión latente– presenta un carácter cíclico: “El Tribunal Supremo fija una teoría más o menos coherente sobre las regulaciones estatales del comercio interestatal que resultan admisibles; se demuestra que esa teoría tiene unas consecuencias que el Tribunal considera indeseables; por lo que se desarrolla una nueva teoría, aunque el Tribunal mantiene algunos aspectos de la anterior.” TUSHNET, Mark: <<Rethinking the Dormant Commerce Clause>>, en *Wisconsin Law Review*, Núm. 125, 1979, p. 126.

¹²² Las más conocidas fueron, sin duda, las regulaciones *debtor relief*, que permitían a los habitantes de un determinado Estado cancelar las deudas que tuvieran con los acreedores de otro. Una relación de las actuaciones proteccionistas desarrolladas durante este período puede consultarse en ELY, James W.: *The guardian of every other right. A constitutional History of Property Rights (Bicentennial Essays on the Bill of Rights)*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, Capítulo 2: “The revolutionary Era, 1765-1787”, pp. 37 y ss.

¹²³ En nuestro país, BIGLINO CAMPOS, Paloma: *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 80.

La ausencia de posturas enfrentadas sobre el poder comercial del Congreso durante los debates constituyentes fue destacada por Madison, para quien “Es cierto que la regulación del comercio constituye un nuevo poder, pero parece ser una adición a la que nadie se opone y que no suscita pretensiones de ninguna clase”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James;

Con todo, durante buena parte del siglo XIX el Congreso estadounidense no hizo uso de la nueva competencia reconocida en el texto constitucional¹²⁴. Esta pasividad no supuso, en cualquier caso, un abandono de la cláusula de comercio, que a partir de 1824 ocupará un lugar preeminente en el discurso jurisprudencial, encontrando utilidad como parámetro directo desde el que enjuiciar la constitucionalidad de las normas estatales relacionadas con el comercio interestatal a resultas de la posible invasión del ámbito federal de competencia. En otras palabras, el siglo XIX norteamericano conocerá un desarrollo intenso de la dimensión prohibitoria de la unidad económica o cláusula de comercio latente.

Plasmado todo lo anterior en términos procesales, este embrionario *juicio de unidad* se corresponde con un control sobre la titularidad de la competencia. Como se expondrá en las páginas siguientes, todo el debate judicial durante este período se ordenó en torno a dos elementos. De una parte, la naturaleza exclusiva o concurrente de la potestad legislativa constitucionalmente reservada al Congreso federal. De otra, el alcance de la realidad material sobre la que aquélla se proyecta, esto es, qué rasgos determinan que una actividad económica concreta pueda ser calificada como “comercio interestatal”. Ambas interrogantes encontraron respuestas enteramente opuestas por parte de los popularmente conocidos *Tribunal Marshall y Taney*.

3.1 El control bajo la fórmula de Marshall

Pese a la convicción en la necesidad de reforzar el poder regulatorio del Congreso, la primera aproximación del Tribunal Supremo a la competencia

JAY, John: *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2001, Capítulo XLV. El original de 1787.

En el mismo sentido, Abel pone de manifiesto cómo las cuatro propuestas de distribución del poder presentadas ante la Convención coincidieron en la atribución de la competencia indicada al Congreso. ABEL, Albert S.: <<The commerce clause in the Constitutional Convention and in contemporary comment>>, en *Minnesota Law Review*, 25, 1940-1941, pp. 433 y ss.

¹²⁴ LAY, George C. <<The commerce clause of the Constitution- its history and development>>, en *The American Law Review*, Vol. 60, 1926, p. 162.

derivada de la cláusula de comercio no se produjo hasta 1824, año de la famosa sentencia *Gibbons v. Ogden*¹²⁵.

El asunto¹²⁶ suele ser visto como un hito esencial en la construcción del poder federal del Congreso. Por primera vez, el Tribunal Supremo debía explicitar su posición sobre dos cuestiones: ¿qué debe entenderse por “comercio interestatal”?; y ¿cuáles son los efectos que para los Estados se derivan del reconocimiento constitucional del poder comercial del Congreso?

Sendos interrogantes fueron contestados desde la postura purista del Juez Presidente Marshall, si bien, en lo que aquí interesa, *Gibbons v. Ogden* ha de ser objeto de comentario por cuanto determina la aparición de un –embrionario– control normativo fundado en la salvaguarda –competencial– de la integridad del espacio económico nacional.

3.1.1 El alcance del “comercio interestatal”

Como ya se ha señalado, el poder comercial del Congreso encontró su origen directo en la dinámica proteccionista desarrollada por buena parte de los Estados. Por esta razón, uno de los aspectos más discutidos durante los primeros años de funcionamiento del sistema federal consistió en la determinación de la diferencia existente entre el comercio –interestatal– reservado al nivel federal de gobierno y aquél –interno– sobre el que los Estados conservaban su capacidad regulatoria. Así las cosas, no es casual que el núcleo duro del *juicio de unidad* siempre aparezca conformado por las medidas discriminatorias en el acceso al mercado de referencia¹²⁷.

En *Gibbons v. Ogden*, el Tribunal Supremo descartó que la diferencia entre uno y otro pudiera depender de una cuestión meramente geográfica. Resulta evidente que el poder federal alcanza a todas las actividades

¹²⁵ 22 U.S. 1 (Wheat.).

¹²⁶ Resuelve un litigio entre dos empresarios dedicados al cabotaje mediante el empleo de embarcaciones impulsadas a vapor como consecuencia del distinto origen de su título habilitante. De una parte, Ogden disfrutaba de un derecho concedido por el Estado de Nueva York que le habilitaba para navegar por las aguas internas de dicho Estado en régimen de monopolio. De otra, Gibbons resultaba titular de una licencia concedida bajo una ley federal que le habilitaba para navegar entre Elizabethtown y la ciudad de Nueva York.

¹²⁷ *Vid. Infra.*, Capítulos II, III y IV, Epígrafes 6.2, 5.3 y 4.2, respectivamente.

económicas que se desarrollan más allá de los límites territoriales de un Estado. Pero, a juicio del Tribunal, comprende también todas aquellas que, sin traspasar dichos límites, generan efectos sobre los demás Estados. Sin mencionarlo, el órgano judicial acaba de incluir el “espacio económico nacional” en el elenco de términos del Derecho Constitucional estadounidense.

En la medida en que la Constitución de 1787 pretendió la configuración de un espacio económico nacional¹²⁸, el poder comercial atribuido al Congreso es visto como una capacidad para definir las normas por las que se va a regir cualquier actividad de contenido económico¹²⁹, siempre que la misma atraviese el límite territorial entre dos Estados o, en su defecto, afecte a más de un Estado¹³⁰, aunque tal efecto sea indirecto¹³¹.

En buena lógica, puso sobre la mesa la tensión existente entre la potestad congresual y el tradicional poder de policía –también– constitucionalmente garantizado a los Estados¹³². No en vano, este poder

¹²⁸ GEY, Steven G.: <<The political economy of the dormant commerce clause>>, en *New York University Review of Law and Social Change*, 17, p. 5. En el mismo sentido finalista, LACOUR, Vanue B.: <<The misunderstanding and misuse of the commerce clause>>, en *Southern University Law Review*, 30, pp. 251 y ss.

¹²⁹ “El comercio es, sin duda, tráfico, pero es algo más: es contratación. Describe los intercambios comerciales entre naciones y partes de naciones, en todas sus ramas, y es regulado por normas prescritas para continuar con dicha contratación” (22 U.S. 1, 189-190). De manera similar, el voto concurrente del Juez Johnson en el mismo asunto: “Comercio, en su significación más sencilla, significa un intercambio de bienes; pero en el desarrollo de la sociedad, el trabajo, el transporte, la inteligencia, la asistencia y varios medios de intercambio se convierten en artículos y entran en el comercio; el sujeto, el vehículo, el agente y las operaciones se convierten en los objetos de la regulación comercial”. (22 U.S. 1, 229-230).

¹³⁰ “Siendo la palabra “entre” un término exhaustivo, la misma puede reducirse de forma apropiada al comercio que afecta a más de un Estado” (22 U.S. 1, 194). En este sentido, POWELL, Thomas R.: *Vagaries and varieties in constitutional interpretation*, Columbia University Press, New York, 1956, p. 50.

¹³¹ LAWRENCE, Michael, A.: <<Toward a more coherent dormant commerce clause: a proposed unitary framework>>, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Núm. 21, 1998, p. 408.

¹³² El término es confuso. El Tribunal Supremo se ha referido al mismo como “el poder inherente y necesario, esencial para la propia existencia de la sociedad civil y la protección de los habitantes del Estado frente al desorden, enfermedad, pobreza y crimen. (...) Incluye todas las medidas para la protección de la vida, la salud, la propiedad y el bienestar de los habitantes, así como para la promoción del buen orden y la moral pública. (...) Se extiende no sólo a aquellos bienes intrínsecamente peligrosos para la salud pública (...), sino también a los perniciosos o peligrosos para la vida, la salud o la moral de la gente”. *Leisy v. Hardin* (135 U.S. 100, 128).

Desde la perspectiva doctrinal, se ha incluido dentro de este poder cualquier actuación dirigida al aseguramiento y promoción del bienestar general mediante la restricción o imposición de una determinada conducta. De este modo, se distinguen tres grados de intensidad del poder de policía en atención a la materia sobre la que se proyecta. El núcleo esencial de este poder lo

estatal ha sido identificado en alguna ocasión con la misma soberanía estatal¹³³, lo que plantea la necesidad de conciliar dos potestades –estatal y federal– que por su propia naturaleza son susceptibles de una progresiva expansión.

En este escenario, la importancia de *Gibbons v. Ogden* resulta meridiana porque anticipa que la integridad del *espacio económico nacional puede operar como un límite a las competencias estatales*. En esta fase embrionaria la tensión entre la unidad económica y la autonomía política se resuelve circunscribiendo el poder estatal al comercio “puramente interno, que se desarrolla entre personas dentro de un Estado, o entre distintas partes del mismo Estado, y que no alcanza o afecta a otros Estados”¹³⁴. No es solo que en delante el legislador estatal no podrá desarrollar una política económica proteccionista mediante la imposición de cargas a los bienes procedentes de otros territorios. Es que tampoco será admisible invocar la protección del bienestar general de los habitantes del Estado para justificar que la adopción de medidas que perjudiquen, de modo directo o indirecto, al tráfico comercial interestatal forma parte de la potestad estatal.

conforman la seguridad, el orden y la moral, aspectos en los que se centran la mayor parte de prohibiciones dirigidas a los ciudadanos. Por su parte, la producción y reparto de la riqueza también podrán ser promovidas por este tipo de conductas, pero con un grado de intensidad menor al de los objetivos del primer grupo. Lo que –por último– en todo caso permanece ajeno al alcance del poder de policía es la ordenación de los movimientos sociales, pues cualquier medida restrictiva o impositiva en este sentido resultaría contraria a la libertad individual constitucionalmente protegida. FREUND, Ernst: *The police power. Public policy and constitutional rights*, Callaghan & Company, Chicago, 1904. Capítulo I.

¹³³ En este sentido, el voto disidente del juez Taney en los conocidos como *The License Cases*: “¿Qué son los poderes de policía de un Estado? Son ni más ni menos que los poderes de gobierno inherentes a cada soberanía dentro de su territorio. Cuando el Estado aprueba una ley de cuarentena, o una norma para castigar los delitos, cuando establece tribunales de justicia, o requiere que se registren determinados instrumentos, o cuando regula el comercio dentro de su territorio, lo hace siempre en ejercicio del mismo poder; esto es, el poder soberano, el poder para gobernar a las personas y bienes dentro de sus dominios”. *Pierce v New Hampshire* (46 U.S. 504, 579).

¹³⁴ 22 U.S. 1, 194. Es necesario introducir una explicación semántica. La referencia a las “normas que afectan al comercio interestatal” no tiene en cuenta los efectos prácticos que la regulación pueda ocasionar sobre dicho comercio. Hasta la crisis constitucional de 1937, el término “afectar” fue entendido en términos puramente cualitativos, esto es, como la inclusión de cláusulas aplicables al comercio interestatal, como pudiera ser la exigencia de unos determinados requisitos –v. gr. una licencia administrativa– para la comercialización de un bien dentro del Estado. MANN, Richard: <<The affecting commerce test: the aftermath of *McLain*>>, en *Houston Law Review*, Vol. 24, 1987, p. 851, Nota 13.

Por el contrario, la competencia federal es interpretada de manera expansiva, hasta el punto que desprovee a los Estados de la posibilidad de definir el régimen jurídico de las actividades económicas con transcendencia – física o de otro tipo– más allá de su ámbito territorial. Tal régimen jurídico forma parte, sin lugar a dudas, del comercio interestatal constitucionalmente reservado al Congreso¹³⁵.

3.1.2 La interpretación de la cláusula de comercio latente

Aclarado el alcance material del poder comercial reconocido al Congreso, el interés del fallo estriba en conocer si la mera previsión constitucional de aquél bastaba por sí misma para excluir cualquier intervención de los Estados sobre el comercio interestatal. Esta cuestión acerca de la naturaleza exclusiva o concurrente de la competencia federal ocupó buena parte del debate político subsiguiente a la aprobación de la Constitución de 1787¹³⁶.

Las circunstancias en que se desarrollaron los hechos enjuiciados en *Gibbons v. Ogden* –donde mediaba una ley federal sobre la materia– hicieron innecesario que el Tribunal Supremo se manifestase de manera explícita acerca de operatividad de la cláusula de comercio latente. No obstante, el asunto sirvió para comenzar a vislumbrar los problemas que entraña la aplicación de dicha cláusula en la práctica.

¹³⁵ No ha faltado quien ha visto en la interpretación expansiva efectuada por Marshall una proyección de la doctrina de los poderes implícitos enunciada en *McCulloch v. Maryland*: “Si la finalidad es legítima por estar amparada por la Constitución, entonces es constitucional cualquier medio o instrumento adecuado a aquella, si no está prohibido y si puede considerarse dentro del espíritu y la letra del texto constitucional” (17 U.S. 316, 421). En este sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, Ob. Cit., p. 128.

¹³⁶ En esencia, la postura de la exclusividad fue defendida por Madison, para quien el fin último de la cláusula de comercio no consistiría tanto en habilitar al Congreso para que promulgue normas como en prevenir los abusos derivados del ejercicio de las competencias regulatorias estatales. Por el contrario, en la visión de Taney la cláusula de comercio habría de tener necesariamente carácter concurrente, pues de lo contrario la más que probable inactividad federal acabaría produciendo como efecto indeseado la desregulación de buena parte de las actividades económicas. Por consiguiente, los Estados habría de retener su capacidad regulatoria hasta el momento en que el Congreso hiciera uso efectivo de su competencia. Un resumen detallado de ambas posiciones puede verse en DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, Ob. Cit., pp. 65- 77.

Como se apuntó, el Juez Presidente Marshall abogó por una lectura extrema del alcance de la cláusula de comercio, en el sentido de la existencia de un único poder, exclusivo y excluyente, para la regulación del comercio interestatal. A tenor de este argumento, desde el mismo momento de la aprobación de la Constitución de 1787 todas las normas estatales sobre dicha materia habrían pasado a ser inválidas¹³⁷.

El problema se plantea al extrapolar esta consecuencia a la realidad política de los Estados Unidos en ese momento, marcada, según se dijo, por la inactividad del Congreso. Seguir la caracterización de Marshall hubiera tenido como consecuencia inmediata la desregulación absoluta del comercio interestatal dentro de un Estado de nueva creación. Al tiempo, la lectura propuesta hacía imposible la protección de ciertos intereses locales legítimos ligados a la actividad comercial¹³⁸.

Las razones expuestas determinaron que el pretendido carácter exclusivo y excluyente fuera cediendo terreno hacia la conformación de una *concurrentia diferenciada*¹³⁹ que sería confirmada en pronunciamientos posteriores. En esta primera etapa, la ausencia de regulación federal facultará a los Estados para dictar normas que, sin dirigirse de modo directo a la ordenación del comercio interestatal, lo afecten¹⁴⁰. Quizás los Estados no puedan regular el comercio interestatal, pero sí dictar normas de policía que, sin pretenderlo, incidan de algún modo sobre el mismo.

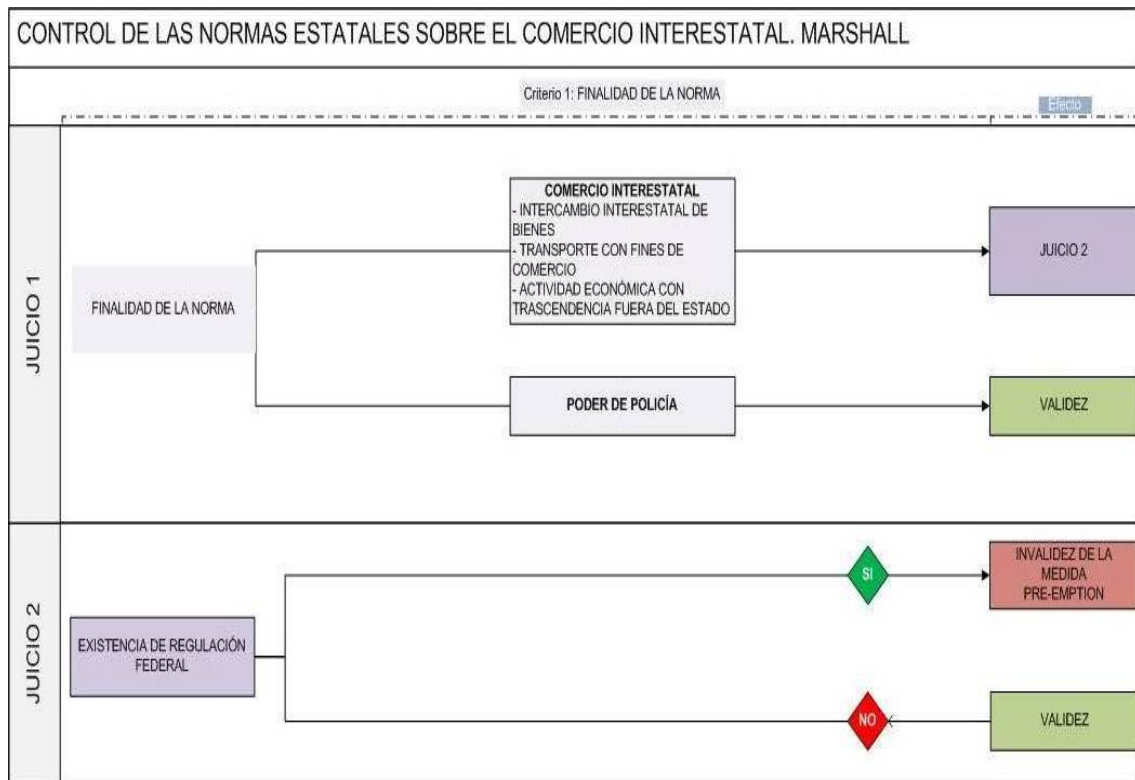
¹³⁷ TUSHNET, Mark: <<Rethinking the dormant... >>, *Ob. Cit.*, p. 151.

¹³⁸ Puede pensarse, por ejemplo, en la protección de la moral pública. La mayoría mormona del Estado de Ohio podría manifestar su interés en que se proceda a la prohibición o control de la venta de bebidas alcohólicas, pues el consumo de estos productos es contrario a sus convicciones religiosas. En la medida en que este control afecta directamente al comercio interestatal, el legislador estatal no puede promocionar un interés querido por la mayoría de su población. La única opción pasa entonces porque los electores de Ohio consigan que el Congreso acepte su petición, pero si éste aún no ha comenzado a tener actividad legislativa, el interés legítimo de este grupo de ciudadanos queda absolutamente desprotegido.

¹³⁹ BORRAJO INIESTA, Ignacio: *Federalismo y unidad económica...*, *Ob. Cit.*, p. 42.

¹⁴⁰ Por todos, LAWRENCE, Michael A.: <<Toward a more coherent...>>, *Ob. Cit.*, p. 409.

A falta de una técnica depurada que tenga en consideración el modo de ejercicio de las competencias propias –límites internos–, el Tribunal Marshall pone el acento en la cuestión de la *intencionalidad*¹⁴¹. El resultado es un –primer– modelo de control fundado en la nada sencilla distinción entre “normas federales reguladoras del comercio interestatal” y “normas estatales que afectan al comercio interestatal”¹⁴². De manera gráfica, el control propuesto en la jurisprudencia subsiguiente a *Gibbons v. Ogden* se correspondería con el siguiente esquema.



¹⁴¹ En opinión del Tribunal, la validez de la actuación estatal depende de la difícil distinción entre “regular” –dictar las reglas por las que se rige el comercio– y “afectar” –provocar un efecto inintencionado como consecuencia del ejercicio del poder estatal de policía. 22 U.S. 1, 196. En el fondo, la diferencia parece ser la intencionalidad. La norma estatal será inconstitucional cuando el legislador haya pretendido usurpar la competencia propia del Congreso.

¹⁴² Sobre el sentido de la expresión “afectar al comercio interestatal”, *Vid. Supra.*, Nota 134.

A tenor del mismo, parece que, formalmente, el poder comercial del Congreso presenta un carácter exclusivo y excluyente. Sin embargo, el funcionamiento del modelo admite la existencia de una zona gris amplísima en la que se produce de facto una concurrencia entre el poder comercial y los poderes estatales de policía¹⁴³. Durante estos años, la anulación de las normas estatales no se fundó en la apreciación de una invasión competencial, sino que fue el resultado de la aplicación de la cláusula de supremacía¹⁴⁴.

Puede decirse que *Gibbons v. Ogden* sienta las bases de una hipotética aplicación autónoma de la cláusula de comercio latente, pero termina por limitarse a favorecer la conformación de un espacio económico nacional unitario aún en ciernes. Así, la protección de los intereses legítimos queda en manos del poder de policía de los Estados, pero el legislador federal podrá remover los obstáculos a la libre circulación mediante la aplicación de la doctrina de la *pre-emption*.

3.2 La crítica de Taney y el control diseñado por Curtis

Como se ha visto, la fórmula de Marshall sostiene la existencia de un único poder –exclusivo y excluyente– para la regulación del espacio económico nacional, cuya titularidad recae en el Congreso. Solamente la inacción de éste justificaría la existencia de normas estatales con incidencia en dicho comercio. En cualquier caso, aun siendo admisibles, tales normas se encuentran en una clara posición de precario, pues perderán necesariamente su vigencia –*pre-emption*– en el mismo momento en que el legislador federal haga uso de su competencia o, sin necesidad de ello, cuando el Tribunal Supremo aprecie que tienen como finalidad directa la regulación del comercio interestatal.

En los años subsiguientes a *Gibbons v. Ogden*, comenzaron a arreciar las críticas acerca de las dificultades de implementar un control basado en la intencionalidad del legislador. Bajo la visión de Taney, esta modalidad de

¹⁴³ El problema es advertido por el propio Juez Marshall: “La experiencia demuestra que las mismas medidas, o medidas que difícilmente es posible distinguir entre sí, pueden provenir de la atribución de competencias distintas, pero ello no demuestra que las competencias sean idénticas”. 22 U.S. 1, 204.

¹⁴⁴ *Vid. Infra.*, Nota 147.

control exige en la práctica que el juez se ponga en el lugar del legislador y analice los motivos y las influencias que le han llevado a decidir la adopción de la medida, tarea que se antoja imposible¹⁴⁵.

A diferencia de su predecesor, Taney fue un firme detractor de la existencia de una cláusula de comercio latente¹⁴⁶. En su interpretación de la Constitución, la cláusula atribuía al Congreso la capacidad de regular el comercio interestatal, pero carecía de cualquier efecto mientras aquél no la emplease. En su opinión, el comercio interestatal se ordena como una materia perfectamente concurrente donde los posibles conflictos han de resolverse mediante la técnica de la *pre-emption*¹⁴⁷.

En cualquier caso, el cambio en la presidencia no supondrá el arrumbamiento de la doctrina anterior. En *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia*¹⁴⁸, el Tribunal Supremo perfilará una interpretación integradora de las visiones de Marshall y Taney, introduciendo en el Derecho

¹⁴⁵ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, Ob. Cit., p. 98. Aunque referida a otro momento histórico, también puede traerse aquí la irónica crítica incluida por el juez Scalia en su voto disidente en *Tyler Pipe Industries, Inc. v. Washington State Department of Revenue*: "Distinguir entre las leyes con el propósito de regular el comercio y las normas derivadas del poder de policía que afectan al mismo (...) resulta más interesante como ejercicio metafísico, que útil como una técnica eficaz con la que evidencia las competencias de soberanías separadas" (483 U.S. 232, 262).

¹⁴⁶ Resulta significativo en este sentido el dato ofrecido por Frankfurter: "El propio Taney, durante sus cerca de treinta años como Juez Presidente, no votó nunca a favor de la invalidez de una ley estatal porque resultase contraria a la cláusula de comercio latente". FRANKFURTER, Felix: <<Taney and the Commerce Clause>>, en *Harvard Law Review*, Núm. 49, p. 1292.

¹⁴⁷ En palabras del propio Juez Presidente en los conocidos como *The License Cases*: "Los constituyentes simplemente intentaron que el poder del Congreso sobre este objeto fuera supremo respecto del de los Estados, de modo que la omisión de cualquier prohibición resulta coherente y consecuente con la totalidad del instrumento. La supremacía de las leyes del Congreso, en caso de colisión con las leyes estatales, se asegura en el artículo que declara que las leyes del Congreso, aprobadas en cumplimiento de los poderes conferidos, serán la ley suprema; siendo únicamente donde ambos gobiernos pueden legislar sobre un mismo objeto donde este artículo puede operar". *Pierce v. New Hampshire* (46 U.S. 504, 579).

¹⁴⁸ 53, U.S. 299. Se discute una Ley estatal que obligaba a los barcos a contratar a un práctico del puerto de Philadelphia para realizar las maniobras de entrada y salida de puerto, bajo pena de multa. En tanto que el río Delaware transcurre por cuatro Estados distintos, el recurrente sostenía que la navegación por el mismo formaba parte del comercio interestatal, por lo que la Ley estatal sería inconstitucional.

Constitucional norteamericano la doctrina de la “*selectividad exclusiva*”¹⁴⁹, construida sobre tres premisas¹⁵⁰:

- a) La Constitución no impone una visión concreta acerca de la naturaleza exclusiva o concurrente del poder federal sobre el comercio interestatal.
- b) Algunas materias pueden ser de carácter nacional, mientras que otras pueden resultar propias del ámbito estatal.
- c) Corresponde al Tribunal Supremo identificar qué materias son propias del nivel federal de gobierno y cuáles encuentran mejor acomodo en el ámbito estatal de actuación.

Sin entrar a valorar el primero de los aspectos indicados, resulta de interés referirse a los restantes.

3.2.1 La “fragmentación” del comercio interestatal: materias federales y materias estatales

En *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia* el Tribunal Supremo debía dar respuesta a una pregunta esencialmente similar a la planteada en *Gibbons v. Ogden*: si, a falta de regulación federal, el legislador estatal podía regular una actividad comercial de carácter interestatal para proteger un interés legítimo propio. Ante la similitud del problema, el Alto Tribunal no revocará la construcción diseñada por Marshall, pero sí introducirá dos cambios de distinta importancia. De una parte, la nueva sentencia introduce formalmente la noción de las competencias compartidas que el Tribunal Supremo había apuntado –sin necesidad de recurrir a ella por la

¹⁴⁹ Esta doctrina encuentra su origen en las alegaciones presentadas por Webster en *Gibbons v. Ogden*: “Nada es más complejo que el comercio; y en una época como esta, ninguna palabra abarca un ámbito tan amplio como el de la regulación comercial. Casi todos los negocios y transacciones de la vida pueden estar conectados, incidentalmente y en mayor o menor medida, con regulaciones comerciales. Pero únicamente resulta necesario aplicar a esta parte de la Constitución las reglas de interpretación establecidas. (...) donde el poder sobre cualquier materia se atribuye en términos generales, como el poder para regular el comercio, el verdadero método de interpretación debería ser analizar de qué partes se compone la concesión y cuáles de éstas, por la naturaleza del objeto, debieran ser consideradas exclusivas” (22 U.S. 1, 9-10).

¹⁵⁰ TUSHNET, Mark: <<Rethinking the dormant... >>, *Ob. Cit.*, p. 153.

existencia de una ley federal que desplazaba a la regulación en conflicto¹⁵¹— en *Gibbons v. Ogden*¹⁵². De otra parte, opera un cambio sustancial en el modo de proceder a la definición de la materia. *Donde Marshall había defendido una postura holística, el juez Curtis aboga por un enfoque concreto.*

En efecto, la preocupación de Marshall al describir la materia sobre la que se proyecta el poder federal consistió en el alcance espacial del comercio, esto es, en identificar en qué punto una actividad comercial pierde su naturaleza estatal y pasa a formar parte de la esfera federal de actuación por su carácter interestatal. Sin embargo, la cuestión de las actividades que podrían incluirse dentro del término “comercio” recibió una contestación exigua: todas las actividades de contenido económico¹⁵³. Una vez comprobada la ineficiencia de este sistema para operar una distinción entre el poder comercial y los poderes de policía, el mérito de *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia* consistirá, precisamente, en incorporar al control normativo un criterio para identificar qué actividades concretas que forman parte del comercio interestatal.

Como se apuntó, la nueva fórmula maneja un *enfoque concreto y sectorial de la materia*¹⁵⁴. Bajo el enfoque de Curtis, el comercio interestatal es una realidad compleja integrada por un número indefinido de aspectos distintos entre sí. El “comercio” en abstracto no admite su configuración como materia competencial, pero sí las realidades o aspectos concretos que integran el

¹⁵¹ *Vid. Supra.*, Epígrafe 3.1.2.

¹⁵² BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio: *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Segunda Edición, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 141.

¹⁵³ *Vid. Supra.*, Epígrafe 3.2.1.

¹⁵⁴ BORRAJO INIESTA, Ignacio: *Federalismo y unidad económica...*, *Ob. Cit.*, p. 45. La adopción de este enfoque ya había sido sugerida —sin éxito— al Tribunal Supremo precisamente en *Gibbons v. Ogden*: “Nada es más complejo que el comercio; y en una época como esta, ninguna palabra abarca un ámbito tan amplio como el de la regulación comercial. Casi todos los negocios y transacciones de la vida pueden estar conectados, incidentalmente y en mayor o menor medida, con regulaciones comerciales. Pero únicamente resulta necesario aplicar a esta parte de la Constitución las reglas de interpretación establecidas. (...) donde el poder sobre cualquier materia se atribuye en términos generales, como el poder para regular el comercio, el verdadero método de interpretación debería ser analizar de qué partes se compone la concesión y cuáles de éstas, por la naturaleza del objeto, debieran ser consideradas exclusivas” (22 U.S. 1, 9-10)

mismo. Sobre esta premisa, se opera el reparto de que sirve de base al control ideado por el Tribunal Supremo¹⁵⁵.

Para que el modelo territorial adoptado funcione de manera adecuada, será imprescindible que algunos de esos aspectos reciban un tratamiento uniforme, de manera que cualquier intento estatal por regularlos devendrá automáticamente inválido. Esto es, existe un núcleo duro de realidades o aspectos relacionados con el comercio interestatal que se encuentran absolutamente vedados a los poderes estatales.

Por el contrario, hay otras materias que, siendo parte del comercio interestatal, pueden ser reguladas de manera más adecuada desde el nivel estatal de gobierno sin que por ello se ocasione ningún menoscabo al interés general. En tal caso, el legislador estatal podrá proceder a su ordenación según sus propios intereses. En todo caso, sigue teniendo vigor la situación de precario derivada de la cláusula de supremacía, de tal forma que, una vez dictada la norma federal, cualquier regulación estatal contraria a la misma pasará a considerarse inválida de manera automática.

En resumen, la técnica descrita en *Cooley* comienza a acusar la imposibilidad de definir un equilibrio entre las esferas federal y estatal de poder manejando como parámetro de control una noción abstracta de unidad. Al dejar de considerar el comercio interestatal como algo distinto del conjunto de las realidades que lo integran, el Tribunal Supremo puede emplear un sistema de control más flexible, que module el grado de uniformidad que el funcionamiento del modelo requiere en cada momento¹⁵⁶. El eje del sistema radica, claro está, en el modo de definir esa exigencia de uniformidad.

¹⁵⁵ *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia*: "El poder para regular el comercio abarca un vasto campo, incluyendo objetos que no sólo resultan numerosos, sino excesivamente variados, considerablemente diversos en su naturaleza; algunos demandan imperativamente una única norma uniforme, que actúe igualmente sobre el comercio de los Estados Unidos en cada puerto; y otros (...) demandan imperativamente una diversidad que permita la satisfacción de las necesidades locales (...)" (53 U.S. 299, 319).

¹⁵⁶ Puede retomarse el ejemplo de las restricciones a la venta de licor por motivos de moralidad pública, *Vid. Supra.*, Nota 138. La lectura de la cláusula de comercio latente efectuada por Marshall no admitía la prohibición o condicionamiento por el Estado de este tipo de actividades, pues una medida de este tipo tiene como objetivo claro la regulación del comercio interestatal. Bajo el nuevo enfoque planteado por Curtis, el Estado dispondría de un mayor

3.2.2 La exigencia de uniformidad como criterio de delimitación del alcance competencial

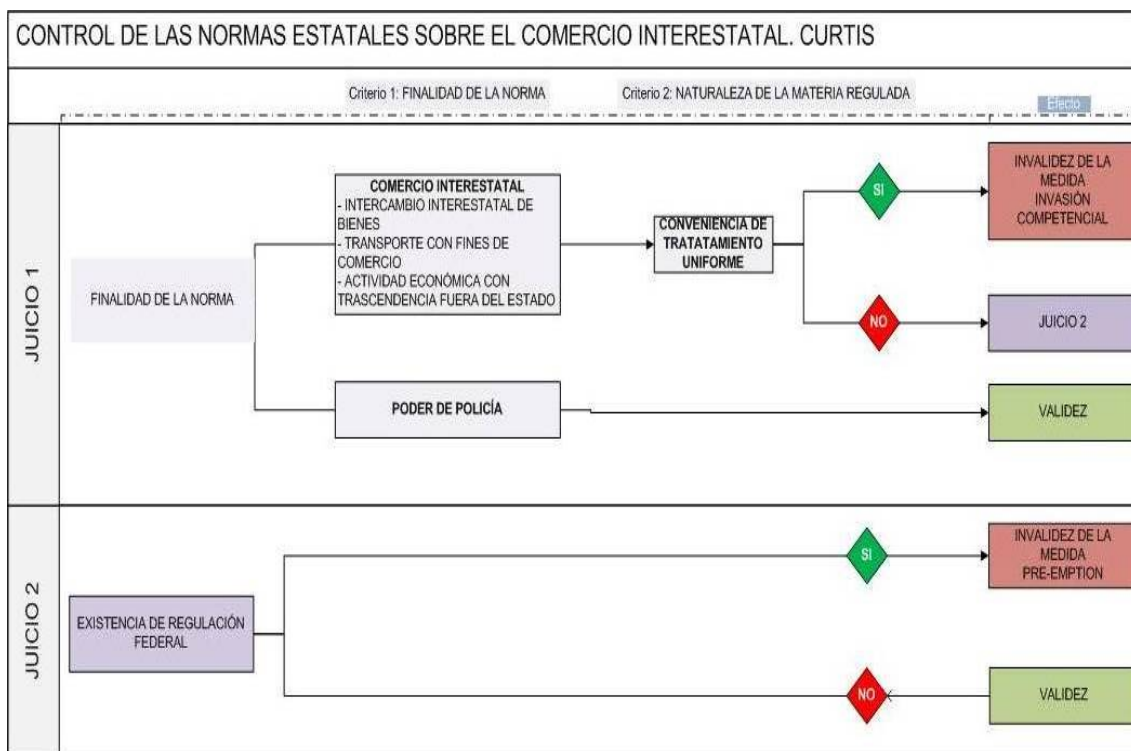
El nuevo criterio introducido permitió que el juicio superase buena parte de las deficiencias propias de la fórmula anterior. Sin embargo, parece evidente que en su debe aparece su carácter extraordinariamente voluble a los cambios que se produzcan en el Alto Tribunal. De primeras, la identificación de aquellas materias que, por su propia naturaleza, requieren que su regulación sea uniforme en todo el territorio nacional, no parece un ejercicio necesariamente más sencillo que el propio de la intencionalidad del legislador manejado por el Tribunal Marshall.

Tampoco ayuda en este punto el laconismo judicial. Con frecuencia el Tribunal Supremo omite expresar los motivos que en cada momento llevan a los jueces a concluir el necesario tratamiento uniforme de la materia, lo que hace difícil señalar una pauta común. En todo caso, parece evidente que habrán de indagar la naturaleza de actividad regulada y, en atención a ello, definir si sería conveniente su tratamiento uniforme¹⁵⁷. Desde una perspectiva estrictamente procesal, *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia* no supone un cambio sustancial en la estructura del control definido por Marshall, manteniendo el enfoque puramente competencial. Los avances derivados de la nueva construcción son fruto, por tanto de la modificación del modo de aplicación de dicho control¹⁵⁸.

margen de actuación. El Tribunal Supremo debería plantearse ahora si las “condiciones para la comercialización de un determinado producto” constituyen una materia que exige un tratamiento uniforme en toda la Federación o, por el contrario, es admisible que los Estados definan tales condiciones a expensas de que el Congreso apruebe una regulación única.

¹⁵⁷ No ha faltado quien ha incluido un segundo criterio –menos abstracto– para decidir acerca de la necesidad de tratamiento uniforme. Así, para Tushnet, la decisión que adopte el Tribunal debe velar porque los intereses locales queden salvaguardados en todo caso, incluso si se demuestra que la decisión judicial fue errónea. TUSHNET, Mark: <<Rethinking the dormant... >>, *Ob. Cit.*, p. 153.

¹⁵⁸ En este sentido, De la Quadra-Salcedo ha destacado –acertadamente– que, cambios procesales al margen, el nuevo enfoque “cambiaría el énfasis desde la naturaleza de la competencia ejercida (criterio acogido en Gibbons) a la naturaleza de la materia regulada”. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, *Ob. Cit.*, p. 107.



Sea como fuere, al margen de las líneas básicas de actuación apuntadas, existe un relativo consenso a la hora de apreciar el progresivo abandono de esta metodología de identificación habida cuenta de que la materia objeto de la regulación no puede ser el único criterio determinante. Antes bien, la finalidad y el efecto¹⁵⁹ de la norma estatal tienen también una importancia capital a la hora de valorar la incidencia de la misma sobre el espacio económico nacional¹⁶⁰. De ahí que en el tránsito de siglo las decisiones del Tribunal Supremo acerca del carácter federal o estatal de la medida pasen a pivotar sobre el efecto –directo o indirecto– de la norma enjuiciada sobre el comercio interestatal¹⁶¹. Esta distinción ya no desaparecerá de la aplicación judicial de la cláusula de comercio¹⁶².

¹⁵⁹ En cualquier caso, sería erróneo equiparar esta expresión con su significación en el momento actual. En realidad, la incidencia fáctica que la actuación estatal tiene en el comercio interestatal comienza a ser tenida en cuenta –como se verá– a partir de la década de los treinta del siglo XX. *Vid. Infra.*, Epígrafe 6.

¹⁶⁰ En este sentido, TRIBE, Laurence: *American Constitutional Law*, Segunda Edición, Foundation Press, Nueva York, 1988, p. 408, Nota 8.

¹⁶¹ De interés sobre este punto, *State Tax on Railway Gross Receipts* (82 U.S. 284). El Tribunal debía decidir sobre la legitimidad de una ley estatal que gravaba los beneficios de las empresas de transporte ferroviario, parte de los cuales tenían su origen en comunicaciones interestatales. Tras un interesante discurso sobre la importancia de mantener inalterado el

3.3 Panorámica: el control basado en la competencia en una Federación inactiva

La inactividad legislativa de la Federación durante el primer siglo de vigencia de la cláusula de comercio tuvo como consecuencia que el control de las normas estatales que afectaban al espacio económico tuviera que realizarse desde un juicio clásico de competencia¹⁶³. Durante esta primera etapa de actividad judicial no se desarrolló un *juicio de unidad* en el sentido defendido en el trabajo.

Lo anterior se traduce en la vigencia de un enfoque excesivamente abstracto cuyas deficiencias se harán patentes en el momento en que el Congreso comience a hacer uso de su competencia legislativa: el control basado en la competencia es demasiado permeable para resolver los problemas surgidos en un ámbito tan casuístico como el que se trata¹⁶⁴.

En la realidad de las cosas, la naturaleza de materia regulada no permite discernir claramente el nivel de gobierno competente. En el fondo, *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia* sigue basándose en una distinción puramente *semántica*: donde *Gibbons v. Ogden* distinguía entre normas que *regulan* o *afectan* a la libre circulación, ahora la separación se hace entre materias, según *requieran* una regulación uniforme a nivel federal o exijan *un tratamiento dispar* por los Estados. En el fondo, el parámetro resulta excesivamente incierto¹⁶⁵, por lo que la aplicación judicial de la nueva fórmula mantendrá el mismo carácter imprevisible que su predecesora: carácter

poder fiscal de los Estados y la ausencia de una inmediatez entre el impuesto y las apuntadas comunicaciones, los jueces convalidan el impuesto, no sin antes advertir que: “Ciertamente, hay una línea divisoria entre el poder del Gobierno federal para regular el comercio entre los Estados, que es exclusivo, y la autoridad de éstos para gravar la propiedad personal, los negocios o las actividades profesionales dentro de su territorio. En ocasiones, esta línea puede ser difícil de definir con claridad.” (82 U.S. 284, 296 y 297)

¹⁶² Al menos hasta *Southern Pacific v. Arizona* (325 U.S. 761).

¹⁶³ En el mismo sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, Ob. Cit., p. 175.

¹⁶⁴ Sobre el carácter “extremadamente variable” de la competencia, BIGLINO CAMPOS, Paloma: *Federalismo de integración...*, Ob. Cit., pp. 166 y ss. En opinión de la autora, la noción de competencia varía en atención a tres factores: la manera de concebir la Constitución; el tipo de relaciones que se establezca entre las normas de la Federación y los estados; y la forma que adopten las garantías de la Constitución.

¹⁶⁵ La misma crítica en BORRAJO INIESTA, Ignacio: *Federalismo y unidad económica...*, Ob. Cit., p. 52. Y conviene recordar la crítica efectuada por el Juez Scalia a este respecto. Vid. *Supra.*, Nota 125.

imprevisible en su aplicación¹⁶⁶ y el acercamiento del Tribunal Supremo a una posición pareja a la del propio legislador federal, hasta el punto que cualquier decisión es susceptible de ser dejada sin efecto por la actuación del Congreso en sentido contrario¹⁶⁷.

4. El control basado en la titularidad competencial (II). El federalismo dual

Como se ha visto, la situación del espacio económico norteamericano a lo largo del siglo XIX vino caracterizada por una creciente complejidad. En un sentido, el desarrollo económico y técnico del país provocó que las transacciones de carácter supraestatal adquieran una importancia cada vez mayor¹⁶⁸. En el otro, sin embargo, la escasísima participación legislativa del Congreso condenaba a estas transacciones bien a su desregulación absoluta, bien a su sujeción a lo dispuesto por las autoridades locales en los casos permitidos por la cláusula de comercio latente.

Esta dinámica sufrió un cambio drástico en el tránsito al siglo XX. Conforme avanzaban los años, el Congreso comenzará a hacer uso del poder legislativo conferido por la cláusula de comercio. Primeramente para regular algunas cuestiones de contenido económico que, a su juicio, requieren de un

¹⁶⁶ BIGLINO CAMPOS, Paloma: <<En los orígenes del federalismo: la formación del modelo norteamericano>>, en VV.AA.: *La democracia constitucional*, Vol. II, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002, p. 1155.

¹⁶⁷ Esta variación de criterios entre el Congreso Federal y el Tribunal Supremo resultó notoria en varias materias a lo largo del siglo XIX. Así, la decisión tomada por el Tribunal –*Leisy v. Hardin* (135 U.S. 100)– sobre la necesidad de la regulación uniforme de la venta de licor quedó sin efecto una vez aprobada una ley federal que permitía a los Estados regular esta cuestión. De igual modo, la previsión judicial acerca de la exigencia de la necesaria desregulación a nivel federal de las tarifas ferroviarias de las líneas interestatales –*Wabash St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois* (118 U.S. 557)– fue inmediatamente respondida con la creación de una Comisión Federal para tal fin en 1887.

¹⁶⁸ Los años subsiguientes la Guerra Civil norteamericana se caracterizaron por un profundo cambio económico. Sin entrar en mayor detalle, en un espacio temporal muy breve se desarrollaron nuevos sistemas para la producción del acero; la agricultura mecanizada; fuentes de energía industrial alternativas; procesos más eficientes de extracción del mineral; e incluso técnicas para la conservación de alimentos. Todo ello, unido a la mejora de las comunicaciones –mediante el ferrocarril y el telégrafo– determinó la aparición de empresas especializadas y que la producción fuese suficiente para cubrir una demanda nacional, abandonando el enfoque predominantemente local que se había mantenido hasta la fecha. WIEBE, Robert: *Businessmen and reform: A study of the progressive movement*, Harvard University Press, Cambridge, 1962, p. 1.

tratamiento general a nivel nacional¹⁶⁹. Pero también –impulsado por algunos sectores ideológicos– para intervenir en el funcionamiento de la vida social del país. Esta mayor actividad congresual provocará la reacción contrapuesta del Tribunal Supremo. Si la jurisprudencia dictada en las décadas precedentes vino caracterizada por la ampliación del ámbito federal de actuación, ahora el estamento judicial denotará una *intensa protección de la esfera competencial propia de los Estados*.

Las sentencias dictadas durante este período –hasta 1937– destacarán los límites constitucionales a la actividad de la Federación¹⁷⁰. En la visión desarrollada por el Tribunal Supremo, cualquier intervención del Congreso en la vida económica y social del país vendrá condicionada tanto al respeto al derecho al debido proceso en su vertiente sustantiva¹⁷¹ como a los límites inherentes de la potestad legislativa derivada de la cláusula de comercio positiva¹⁷². Dejando de lado el primero de los mismos¹⁷³, interesa resaltar el nuevo enfoque sobre el que se construirá la lectura reduccionista del poder

¹⁶⁹ Así, la primera regulación del comercio a nivel nacional se centra en la ordenación de los transportes por parte de la *Interstate Commerce Act* (1887). Poco tiempo después, el Congreso dará respuesta a un problema tan general como la regulación de la competencia mediante la conocida *Sherman Antitrust Act* (1890).

¹⁷⁰ Como bien apunta De la Quadra-Salcedo: “(...) límites sobre la competencia del Congreso siempre habían existido. Uno de ellos era el *Bill of Rights*, cuyo contenido siempre había tenido que respetar la federación al ejercer sus competencias. Pero ahora lo que se desarrollan son los límites internos derivados de la propia interpretación de la Cláusula de Comercio”. Cuestión distinta es que durante la práctica totalidad del siglo XIX el Tribunal no anule ninguna medida pública por considerarla contraria a tales derechos. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, *Ob. Cit.*, pp. 128 y 386, respectivamente.

¹⁷¹ Pese al silencio jurisprudencial en este punto, la doctrina es pacífica en considerar que esta cláusula exige que la privación de los derechos a la vida, la libertad o la propiedad debe estar fundada en la consecución de un fin legítimo. Por todos, CHEMERINSKY, Erwin: <<Substantive Due Process>>, en *Touro Law Review*, Vol. 15, Núm. 4, 1999, p. 1501. En base a esta lectura, la vertiente sustantiva del debido proceso impediría que el Congreso limitase el ejercicio de la actividad económica por parte del empresario o la libre voluntad de las partes en la negociación de un contrato de trabajo. Sobre la misma, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, *Ob. Cit.*, pp. 392 y ss.

¹⁷² BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio: *Las sentencias básicas...*, *Ob. Cit.*, pp. 227-228.

¹⁷³ Baste con indicar que, durante el período de referencia, el derecho al debido proceso en su vertiente sustantiva fue utilizado para proteger las libertades económicas frente a cualquier injerencia por parte de los poderes públicos. La rigurosidad en la aplicación de esta cláusula – en el sentido de no exigir únicamente la existencia de un fin legítimo, sino también una relación razonable entre éste y los medios empleados– ocasionó la anulación de más de doscientas leyes –federales y estatales– de contenido económico o social en el espacio comprendido entre el inicio del siglo XX y 1937. Alcanzado este año, el Tribunal Supremo abandonará por completo el manejo de la cláusula del debido proceso sustantivo para controlar las actuaciones públicas. CHEMERINSKY, Edwin: <<Substantive Due Process>>, *Ob. Cit.*, p. 1503.

comercial del Congreso. Éste no es otro que el *federalismo dual*, fundado, como es bien sabido, en los siguientes postulados¹⁷⁴:

- a) El nivel federal de gobierno cuenta con un número determinado de poderes delegados por los Estados.
- b) Del mismo modo, los fines que se pueden promover desde el nivel federal de gobierno es limitado.
- c) Dentro de sus respectivas esferas de actuación, ambos niveles de gobierno –federal y estatal– son soberanos y, por tanto, iguales.
- d) La relación entre dichos niveles de gobierno es de competencia antes que de colaboración.

Desde el punto de vista procesal –de construcción del *juicio de unidad*, que aquí interesa–, esta restricción del poder federal no hubo de acompañarse de una redefinición de la estructura del juicio definido en *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia*. La vaguedad propia del control basado únicamente en la titularidad competencial lo hizo innecesario, poniendo de manifiesto las deficiencias propias de la resolución de los problemas relativos al espacio económico desde esa perspectiva.

4.1 *Cooley v. Board of Wardens* bajo la lógica el federalismo dual

Según se vio, la fórmula diseñada por el Tribunal Supremo en *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia* se fundamentó en la consideración del comercio como una realidad compleja integrada por un sinfín de materias dispares. Todas ellas –sin excepción– quedan incluidas bajo el poder del Congreso desde el momento en que resulte predicable su condición “*interestatal*”, sin que por ello se excluya necesariamente la intervención de los Estados: a falta de regulación federal, la sentencia admitía que los Estados regulasen aquellas actividades económicas de alcance superior a un Estado que, por su naturaleza, no requerían un tratamiento uniforme a nivel nacional.

¹⁷⁴ CORWIN, Edward: <<The passing of dual federalism>>, en *Virginia Law Review*, Vol. 36, Núm. 1, 1950, p. 4.

Si el Congreso consideraba conveniente remover tales efectos habría de hacerlo dictando una ley federal que desplace a la estatal¹⁷⁵.

Esta situación esencialmente concurrente pudo funcionar mientras el Congreso mantuvo una actividad legislativa moderada de acuerdo con los postulados básicos de la política de *laissez faire*. Pero en cuanto esta premisa dejó de cumplirse, la ambigüedad derivada de *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia* se hizo insostenible.

En efecto, la propia consagración constitucional de la supremacía del Derecho federal abonaba el progresivo desplazamiento de la capacidad de actuación de los Estados cuando el Congreso dictase normas relativas al comercio interestatal que fueran incompatibles con las ya existentes a nivel local. Y conviene no perder de vista que en una sociedad de marcado carácter capitalista como la norteamericana, la práctica totalidad de realidades imaginables puede ser puesta en relación con alguna actividad económica y, por extensión, con el poder comercial del Congreso¹⁷⁶. De ahí que, por vez primera, se perciba la necesidad de limitar el poder federal y salvaguardar el ámbito de actuación propio de los Estados. Visto en estos términos, no es de extrañar el protagonismo adquirido por la Décima Enmienda durante estos años¹⁷⁷.

Con todo, el problema no hubiera pasado de resultar puramente teórico si la regulación federal hubiera admitido la divergencia regulatoria de los Estados o, al menos, reflejase un espíritu liberal –*laissez faire*– donde el funcionamiento de las actividades económicas obedeciese principalmente a la voluntad de los individuos, quedando el poder ejecutivo reducido a funciones de subsidio y fomento¹⁷⁸. La puesta en duda de la postura ideológica

¹⁷⁵ *Vid. Supra.*, p.

¹⁷⁶ En el mismo sentido, en nuestro país tenemos experiencia sobre el carácter extraordinariamente expansivo de la competencia prevista en el artículo 149.1.13ª de la Constitución. CARRASCO DURÁN, Manuel. *El reparto de competencias...*, *Ob. Cit.*

¹⁷⁷ Décima Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de 1787: “Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella a los Estados, están reservados a los Estados o al pueblo”.

¹⁷⁸ LOWI, Theodore, *The end of liberalism. The second republic of the United States*, citado en MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p.99.

mayoritaria acerca del funcionamiento económico supone un factor esencial para comprender el giro experimentado en la jurisprudencia sobre la cláusula de comercio.

Durante el cambio de siglo aparecieron diversos grupos sociales que, impulsados por los cambios en la estructura económica, reclamaban una mayor actuación de los poderes públicos en la economía, a fin de evitar los acuerdos empresariales que consideraban abusivos y de adoptar medidas sociales¹⁷⁹. Cuando esta nueva forma de concebir el Estado administrativo alcanzó la actividad legislativa encontró una fuerte resistencia por parte del Tribunal Supremo. Durante más de tres décadas, los jueces se mantuvieron firmes en su concepción de la intervención pública en la economía, de manera que, mientras admitía que el legislador estatal hiciera uso de su poder de policía para garantizar la moralidad o la salud, rechazaban que el Congreso pudiera promulgar normas de carácter social o laboral¹⁸⁰.

La tensión entre los poderes políticos y el judicial encontrará su punto de álgido cuando, tras la crisis de 1929, el Presidente Roosevelt impulse su programa de intervención económica, conocido como *New Deal*. La anulación de algunas de las normas más importantes de éste terminará en un enfrentamiento abierto entre el Presidente y el Tribunal Supremo que no habría de resolverse hasta 1937 con la superación del federalismo dual.

En resumen, el inicio de la actividad regulatoria del Congreso provocó un cambio radical en la jurisprudencia relativa a la cláusula de comercio. Las exigencias políticas de un mayor intervencionismo económico, unidas al

¹⁷⁹ En este sentido, HOTTENSTEIN, Michael S.: <<The Sherman Anti-trust Law>>, en *American Law Review*, 44, 1910, pp. 827-830.

Sin lugar a dudas, el más conocido de estos movimientos fue el denominado “movimiento progresista”, hasta el punto que no ha faltado quien ha visto en este colectivo la aparición del moderno Estado administrativo. MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *La administración por agencias...*, Ob. Cit., p. 390.

Por lo que se refiere a sus rasgos propios, el “movimiento progresista” estaba organizado en torno a tres ideas: la intervención pública en la economía para embridar los excesos empresariales y redistribuir los beneficios; introducir las reformas necesarias para que los representantes políticos sean más receptivos a los deseos de los votantes; y prestar asistencia a los desposeídos para ofrecerles una oportunidad de prosperar. WIEBE, Robert: *Businessmen...*, Ob. Cit., p. 6.

¹⁸⁰ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, Ob. Cit., p. 390.

carácter potencialmente expansivo de la competencia congresual y a los efectos de la cláusula de supremacía del Derecho Federal, culminaron en una lectura reduccionista. Ante los –aparentes– excesos federales, el Tribunal Supremo adopta el rol de garante del modelo federal originario y mantiene una interpretación estricta del reparto competencial, manejando la Décima Enmienda¹⁸¹ como refuerzo argumental contra la competencia regulatoria sobre la economía¹⁸².

4.1.1 Federalismo dual: el alcance del “comercio interestatal”

Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia había definido un control extraordinariamente versátil cuyo criterio principal – la necesidad de una regulación uniforme de la materia– derivó en la aparición de una gran cantidad de zonas grises. Aceptando que, en todo caso, la intensidad regulatoria del comercio debe ser baja, la cuestión de quién sea el creador de las normas comerciales parecía quedar en segundo plano, por lo que se admite –al menos en la práctica– una cierta concurrencia entre el poder comercial del Congreso y el propio de policía de los Estados.

Cuando –por las razones indicadas– el Tribunal Supremo ponga el foco de atención en la titularidad de la competencia desde la lógica del federalismo dual, la situación descrita experimentará una notable variación. Como es bien sabido, esta interpretación del modelo federal presume la perfecta definición de los ámbitos de actuación de cada uno de los niveles de gobierno, que no pueden coincidir en ningún caso. Así las cosas, el primer problema jurídico al que el Tribunal Supremo debía hacer frente consistía –una vez más– en la tarea de definir, con la mayor precisión posible, qué significa la expresión “comercio interestatal” manejada por el texto constitucional.

El punto de inflexión jurisprudencial suele fijarse en la sentencia *Kidd v. Pearson*¹⁸³. Conviene recordar que desde *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia* el Tribunal Supremo señaló que la cláusula de comercio latente

¹⁸¹ *Vid. Supra.*, Nota 159.

¹⁸² BORRAJO INIESTA, Ignacio: *Federalismo y unidad económica...*, *Ob. Cit.*, pp. 53-54.

¹⁸³ 128 U.S. 1. Resuelve la validez de una regulación estatal que prohibía la producción de licores en su territorio.

limita a los Estados en cuanto solo pueden regular una actividad económica interestatal cuando no exista una ley federal sobre la misma –*pre-emption*– y, además, la actividad regulada no exija un tratamiento uniforme a nivel nacional¹⁸⁴. Pues bien, bajo el influjo del federalismo dual el Tribunal Supremo tratará de trasladar el mismo esquema a la cláusula de comercio positiva, esto es, a la capacidad legislativa del Congreso¹⁸⁵.

Así las cosas, el escrutinio sobre la conveniencia de un tratamiento regulatorio uniforme cede en su uso frente a la identificación de dos grandes bloques de actividades: *producción y comercio*. El poder del Congreso alcanza únicamente a la comercialización –y eventual transporte– de bienes que transcurren por más de un Estado. Por su parte, la regulación de las actividades productivas –y de las comerciales que no tienen alcance supraestatal– forma parte del poder de policía de los Estados¹⁸⁶. En el intento de definir una separación lo más nítida posible, los jueces norteamericanos llegaron incluso a identificar el momento exacto en que se el salto del ámbito estatal al propio de la Federación: el inicio del transporte de la mercancía para su comercialización en otro Estado¹⁸⁷.

Sin perjuicio de lo que se indicará al tratar la cuestión de la naturaleza del poder federal, interesa destacar que el alcance de los poderes estatal y federal no experimentó un cambio sustancial con respecto a la definición contenida en *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia*¹⁸⁸. La cláusula

¹⁸⁴ *Vid. Supra.*, Epígrafe 3.1.1

¹⁸⁵ En este sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, *Ob. Cit.*, p. 130.

¹⁸⁶ *Kidd v. Pearson* (128 U.S. 1): "Ninguna distinción es más frecuente al pensamiento general, o está expresada más claramente en la literatura económica y política que la que existe entre manufactura y comercio. Manufactura es transformación, hacer un cambio en la forma de uso de las materias primas. Las funciones del comercio son diferentes. La compraventa y el transporte incidental adicional a las mismas constituyen comercio; y la regulación del comercio, en el sentido constitucional abarca al menos la regulación de este transporte." (128, U. S. 1, 20).

¹⁸⁷ *Coe v. Errol* (116 U.S. 517): "Tales bienes no dejan de ser parte de la masa general de propiedad de un Estado, sujeta a su jurisdicción, (...) hasta que hayan sido enviados, entregados a un portador para su transporte a otro Estado, o hayan empezado tal transporte en una ruta o recorrido continuo. Creemos que ésta debe ser la regla en la materia". (116 U.S. 517, 525).

¹⁸⁸ Así parece desprenderse de buena parte de la doctrina académica, que se refiere al control efectuado bajo la lógica del federalismo dual como una evolución de la doctrina expuesta en *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia* y no como una abrogación. Por todos,

de comercio sigue prohibiendo algunas, pero no todas las regulaciones efectuadas por el legislador estatal. Al tiempo, autoriza determinadas normativas federales, siempre que se refieran a las actividades contenidas en la estricta definición apuntada. Podría justificarse, sin demasiadas complicaciones, que el Tribunal se limita a señalar que las características de las actividades productivas justificarían atender a las singularidades propias de los distintos Estados, mientras que la comercialización más allá de los límites de un Estado, exige, por su naturaleza, un tratamiento normativo único a nivel nacional¹⁸⁹.

En este punto, la definición de la materia competencial sigue encontrando la misma dificultad que se apuntó con ocasión de *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia*: sin unos parámetros claros, la diferencia entre “producción” y “comercio” resulta puramente *semántica*. Dicho de otro modo, puesto que el control vigente en este período mantuvo su enfoque únicamente en la titularidad competencial, al Tribunal Supremo le bastó con variar su manera de aproximarse a la Constitución para impedir la tendencia expansiva de la capacidad regulatoria del Congreso¹⁹⁰, negando su proyección sobre actividades de naturaleza distinta al “comercio interestatal”, por más que se encuentren ligadas al mismo de manera indiscutible. No hubo de transcurrir demasiado tiempo para que lo artificial de la distinción se hiciese evidente, de manera que unos mismos hechos –v. gr. la existencia de un monopolio– que alteraban de manera manifiesta el funcionamiento del comercio interestatal

DOWLING, Noel: <<Interstate commerce and State power>>, en *Virginia Law Review*, Vol. 27, 1940, pp. 6 y ss.; y TUSHNET, Mark: <<Rethinking the dormant...>>, *Ob. Cit.*, pp. 127-128.

¹⁸⁹ En este sentido, en *Leisy v. Hardin* (135 U.S. 100) el Tribunal Supremo señaló que “en la medida en que el comercio interestatal, consistente en el transporte, compra, venta e intercambio de productos, es nacional por su propia naturaleza, y debe ser regulado por un sistema uniforme, el hecho de que el Congreso no apruebe una ley para regularlo, o para permitir a los Estados que procedan a dicha regulación, indica que su deseo es que dicho comercio se ejerza de manera libre”.

¹⁹⁰ La misma opinión aparece, aunque de forma tácita, en LACOUR, Vanue B.: <<The misunderstanding...>>, *Ob. Cit.*, p. 260. Cuestionándose los motivos que explican el carácter tan amplio de la interpretación de la cláusula de comercio, el autor concluye que “La respuesta parece ser que es porque su maleabilidad hace de ésta una herramienta valiosa para construir un argumento ganador tanto a favor, como en contra, de los asuntos relativos a la distribución del poder nacional y estatal (...)”.

podían resultar sujetos o no a la regulación federal según cuál fuera la naturaleza de la actividad económica¹⁹¹.

4.1.2 Federalismo dual: la naturaleza de la competencia

El desarrollo de la lógica propia del federalismo dual en la interpretación del modelo territorial norteamericano trajo consigo la necesaria consideración de que cada uno de los niveles de gobierno ostenta sus poderes de manera exclusiva. A la postre, dicha concepción se traduce en que la doctrina de la *pre-emption* apenas va a encontrar margen de aplicación durante este período. Al menos desde un punto de vista teórico, no es posible que la regulación federal desplace una norma estatal previa por la muy evidente razón de que alguna de ellas ya era nula por haberse dictado en invasión de la competencia de la otra instancia.

Ocorre, sin embargo, que, pese a sus intentos, el Tribunal Supremo no consiguió que la separación entre “actividades productivas” y “comercio” alcanzase un grado de precisión tal que desapareciesen todos los puntos de fricción entre las esferas federal y estatal de poder. Así como en *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia* los Estados podían extender su poder de policía al comercio interestatal bajo determinadas condiciones, ahora es el *legislador federal quien puede alcanzar a las actividades productivas cuando éstas presenten una relación directa con el comercio interestatal*. El control de

¹⁹¹ En este sentido, resulta de interés comparar dos decisiones coetáneas del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de aplicar la Ley Sherman a sendas uniones de empresas. En *United States v. E. C. Knight Co.* (153 U.S. 1) los jueces dieron la razón a la unión empresarial justificando su decisión en la naturaleza de su actividad: la producción azucarera. Para el Tribunal la Federación solo “puede actuar en la represión de un monopolio cuando éste se incluya dentro de las reglas por las que se rige el comercio, o cuando la transacción sea en sí misma un monopolio de comercio (153. U.S. 1, 12)

Sin embargo, tanto en *Addyston Pipe & Steel Company v. United States* (175 U.S. 211) como en *Montague & Company v. Lowry* (193 U.S. 38), la citada normativa sí pudo ser empleada, respectivamente, para disolver sendas uniones entre empresas dedicadas a la fabricación de tuberías y entre productores y vendedores de tejas porque el acuerdo se limitaba al modo en que se producía la comercialización. El propio Tribunal Supremo destaca la diferencia que le lleva a resolver de manera distinta: “El caso (*United States v. E. C. Knight Company*) fue decidido bajo el principio de que una unión para controlar simplemente la producción no era una violación de la Ley del Congreso, porque dicho contrato o unión no controlaba o afectaba directamente al comercio interestatal, pero que los contratos para la venta y transporte a otros Estados de bienes concretos sí eran un objeto adecuado para la regulación porque formaban parte de dicho comercio. Creemos que el caso que ahora se nos presenta se refiere a contratos de éste último tipo” (175 U.S. 211, 240).

las normas desde la lógica de la unidad de mercado parece encontrar un nuevo criterio: los efectos –directos o indirectos– que la materia regulada despliegue sobre el comercio interestatal.

Lamentablemente, durante el período de referencia esta doctrina jurisprudencial –más propia del control basado en el ejercicio competencial– apenas fue más allá de su mera enunciación. Las consideraciones acerca del modo de identificar ese “carácter directo” de la actividad productiva permanecieron sin respuesta¹⁹². Lo que resulta evidente al repasar la doctrina jurisprudencial de esos años es que el Tribunal Supremo no basó sus decisiones en un estudio fáctico sobre los efectos de la medida estatal sobre el comercio interestatal¹⁹³, y, menos aún, sobre sus potencialidades¹⁹⁴. El “carácter directo” se asemeja, pues, a la noción de “afectar el comercio interestatal” manejada por la jurisprudencia desde *Gibbons v. Ogden*¹⁹⁵.

Antes bien, la fiscalización del uso del poder comercial más allá de sus límites naturales conforma una jurisprudencia de caso que trata de conciliar el federalismo dual con las necesidades de una economía desarrollada del tamaño de la norteamericana. Surgieron entonces diversas doctrinas jurisprudenciales cuya relación no resulta sencilla, pero que –a mi juicio– evidencian que la aplicación del criterio sobre los efectos –directos o indirectos– careció de eficacia práctica, hasta el punto de terminar derivando

¹⁹² En este sentido, DOWLING, Noel: <<Interstate commerce...>>, *Ob. Cit.*, p. 7.

¹⁹³ *United States v. E. C. Knight Co.* (156 U.S. 1) ilustra de forma clara esta indiferencia a la hora de valorar los efectos prácticos que la regulación de la producción podía tener sobre el comercio interestatal. En la misma, el Tribunal Supremo descartó que la Ley Sherman pudiera ser aplicada a una unión de industrias azucareras que pasaban de este modo a controlar más del noventa por ciento de la producción nacional, porque: “El poder para regular el comercio es el poder para dictar las reglas por las que el comercio debe gobernarse, y es un poder independiente del poder para suprimir un monopolio. Pero puede actuar en la represión de un monopolio cuando éste se incluya dentro de las reglas por las que se rige el comercio, o cuando la transacción sea en sí misma un monopolio de comercio” (153 U.S. 1, 12).

¹⁹⁴ En *Carter v. Carter Coal Company* (298 U.S. 238), los jueces negaron que la hipotética incidencia de los conflictos laborales en un sector productivo sobre el comercio pueda justificar una actuación federal en base a la cláusula de comercio. Así: “Se insiste a menudo en los inconvenientes causados por los conflictos laborales entre patrones y trabajadores: las huelgas, los vaivenes y altibajos en la producción tienen consecuencias sobre los precios. Se dice también que el comercio interestatal se ve afectado por dichas relaciones laborales. Sin embargo, la respuesta definitiva a este argumento es que estos inconvenientes son de carácter local y que el Gobierno federal no puede regularlos mediante una Ley. (...) El efecto que tal regulación puede tener sobre el comercio, por muy importante que sea, resulta en cualquier caso secundario e indirecto”. (298 U.S. 238, 308).

¹⁹⁵ Sobre el significado de esta expresión, *Vid. Supra*, Epígrafe 3.1.

nuevamente en un juicio velado sobre la intención –ahora del Congreso– al promulgar la norma¹⁹⁶. A tenor del mismo, se permitió al Congreso intervenir en determinados ámbitos propios del poder de los Estados siempre que resultase necesario por motivos de interés público o razones económicas.

En relación con el primer grupo, la interpretación basada en la doctrina del federalismo dual no fue obstáculo para que el Tribunal Supremo reconociese que el poder para la regulación del comercio interestatal incluye la capacidad de prohibir el transporte de mercancías a través de los límites territoriales de un Estado. Esta lectura, original con respecto a la mantenida en la jurisprudencia precedente, permitía que el Congreso sortease las limitaciones propias en materia de actividades productivas impidiendo, en la práctica, el acceso de tales bienes al comercio interestatal¹⁹⁷.

Pues bien, es precisamente en el control de este tipo de actuaciones donde la posición ideológica del Tribunal Supremo se hizo patente de manera más evidente. No es casual que las prohibiciones fundadas en la protección de la moralidad¹⁹⁸ o la salud pública¹⁹⁹ fueran admitidas, por considerarse un

¹⁹⁶ Especialmente demoledora en el sentido indicado resulta la crítica efectuada por el Juez Stone en el voto particular efectuado en *Di Santo v. Pennsylvania* (273 U.S. 34). Para el magistrado, la distinción entre los efectos directo e indirecto, es “demasiado mecánica, demasiado incierta en su aplicación y demasiado alejada de la realidad para resultar de utilidad”. Por este motivo, considera su empleo “poco más que el uso de etiquetas para describir un resultado más que una fórmula digna de confianza para alcanzar aquél”.

¹⁹⁷ Bajo *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia* y la jurisprudencia precedente, el Congreso carecía de la capacidad de impedir el acceso de un bien al comercio interestatal. El único medio para incidir de algún modo en este ámbito consistía en emplear su –indiscutida– competencia para regular los medios de transporte interestatal con objeto de fijar las condiciones en que debía realizarse el tránsito de bienes de un Estado a otro. Así, la *Steamboat Boiler Act* de 1838 prohibió el empleo de embarcaciones de vapor para el transporte interestatal de mercancías si no se cumplían determinados requisitos técnicos. Sobre esta cuestión, FRIEDMAN, Barry y LAKIER, Genevieve: <<“To Regulate”, not “To Prohibit”: Limiting the Commerce Power>>, en *Supreme Court Review*, Vol. 2012, 2012, pp. 273 y ss.

¹⁹⁸ Así, *Champion v. Ames* (188 U.S. 321), en la que se admite que poder comercial del Congreso pueda servir para impedir el transporte interestatal de billetes de lotería porque “(...) sin duda no puede decirse que forme parte de la libertad de alguien (...) estar habilitado para introducir en el comercio entre los distintos estados un elemento que será claramente perjudicial para la moral pública” (188 U.S. 321, 357). En la misma línea, aunque referida a la prestación de servicios, *Hoke v. United States* (227 U.S. 308), por la que el Tribunal Supremo convalidó la prohibición federal de transporte interestatal de mujeres para el ejercicio de la prostitución.

¹⁹⁹ Por todas, *Hipolite Egg Co. v United States* (220 U.S. 45), donde se valida la aplicación a un cargamento de huevos con un elevado índice de ácido bórico de una ley federal que prohibía el acceso al comercio interestatal de alimentos adulterados.

simple añadido del ejercicio del poder de policía por parte de los Estados²⁰⁰. Por el contrario, los intentos de introducir una regulación federal sobre las condiciones de trabajo en el ámbito productivo terminaron en una declaración de inconstitucionalidad²⁰¹.

Mayor permisividad arrojan las sentencias relativas a las intervenciones federales basadas en las necesidades de la –cada vez más compleja– economía norteamericana. La industrialización y el crecimiento económico ulterior a la Guerra Civil suponían un desafío para los ordenamientos estatales, incapaces de controlar conductas típicas de su poder de policía, pero que ahora adquirirían un carácter supraestatal²⁰². Era necesario que el Congreso actuase –cada vez con más frecuencia– para corregir determinadas prácticas. El Tribunal Supremo dará forma a esta necesidad por medio de dos líneas jurisprudenciales: la ordenación del ámbito ferroviario y la conocida como “doctrina de la corriente de comercio”.

Comenzando por la primera de las construcciones apuntadas, si se hace un esfuerzo por situarse en el desarrollo técnico del tránsito histórico al siglo XX, no es de extrañar que un buen número de asuntos relativos al comercio interestatal tuvieran como problema de fondo la regulación del *sector ferroviario y sus prácticas*. Es evidente que de las condiciones y, sobre todo, de los precios de este tipo de transporte dependía buena parte del funcionamiento del

²⁰⁰ *Champion v. Ames*: “Al legislar sobre el tráfico de billetes de lotería a través del comercio interestatal, el Congreso se ha limitado a completar la actuación de los Estados –quizás de todos ellos– que, para proteger la moralidad pública, prohíben la organización de loterías y la venta de billetes de lotería dentro de su territorio.” (188 U.S. 321, 357).

²⁰¹ El ejemplo clásico lo constituye *Hammer v. Dagenhart* (247 U.S. 251). La sentencia anula una ley federal que prohibía la comercialización interestatal de productos en cuya fabricación hubieran participado niños menores de una determinada edad, porque “Todos admitimos que el derecho a emplear niños en minas y fábricas debería estar sujeto a limitaciones en interés de los mismos y del bienestar general (pero) el control del Congreso sobre el comercio interestatal no autoriza el ejercicio de una autoridad no atribuida al mismo por la Constitución.” (247 U.S. 251, 276).

El caso tendría continuación en *Bailey v. Drexel Furniture Co.* (259 U.S. 20), por la que se impide que la Federación haga uso de su poder impositivo para imponer a los empresarios que empleasen a niños menores de una determinada edad en tareas de producción un tributo que ascendía al diez por cien de los beneficios anuales netos de la empresa. Desentendiéndose de la cuestión competencial, la respuesta del Tribunal fue contundente: “(...) el Congreso, en nombre de un impuesto que a primera vista es una sanción, pretende hacer la misma cosa (que en *Hammer v. Dagenhart*) y el intento debe ser igualmente inútil” (259 U.S. 20, 40).

²⁰² FRIEDMAN, Barry y LAKIER, Genevieve: <<“To Regulate”, not “To Prohibit”...>>, *Ob. Cit.*, p. 273.

mercado interestatal²⁰³. Si tenemos en cuenta, además, que la competencia federal para la regulación de las vías de transporte interestatal nunca había sido puesta en duda²⁰⁴, surge como una consecuencia natural la aparición de una línea jurisprudencial tolerante con el intervencionismo del Congreso en tal ámbito²⁰⁵. Para los jueces no hay ninguna duda de que entre el sector ferroviario y el comercio interestatal media una relación directa²⁰⁶ que justifica la inaplicación de los límites derivados de la cláusula de comercio²⁰⁷ o, incluso, del debido proceso en términos sustantivos²⁰⁸. Aún hoy, la intensidad de la

²⁰³ RABIN, Robert: <<Federal Regulation in Historical Perspective>>, en *Stanford Law Review*, Vol. 38, 1986, p. 1194.

²⁰⁴ Así, *Cherokee Nation v. Southern Texas Railway Company* (135 U.S. 641): “La cuestión de si el ferrocarril es una vía pública establecida primariamente para la comodidad de los ciudadanos y para servir a fines públicos, y consecuentemente sujeta a control y regulación gubernamental, ya no es una cuestión discutida” (135 U.S. 641, 657).

²⁰⁵ RABIN, Robert: <<Federal Regulation...>>, *Ob. Cit.*, p. 1230.

²⁰⁶ *California v. Central Pacific Railway Company* (127 U.S. 1). Al valorar la concesión a una compañía de la construcción de un tramo ferroviario entre dos Estados, el Tribunal Supremo dejó claro que: “El poder para construir, o para autorizar a particulares o empresas a construir, vías de comunicación nacionales y puentes de un Estado a otro, es esencial para el control completo y la regulación del comercio interestatal. Sin la autoridad para establecer y mantener tales vías y puentes, el Congreso carecería de la posibilidad de regular uno de los anexos más importantes del comercio” (127 U.S. 1, 39).

²⁰⁷ En línea con esta interpretación, los jueces no van a encontrar contradictorio que el Congreso pueda realizar en este ámbito actuaciones absolutamente proscritas fuera del mismo, tales como la supresión de monopolios (*Northern Securities Company v. United States*, (193 U.S. 197); o la fijación de las tarifas ferroviarias para un trayecto desarrollado íntegramente dentro de un Estado (*Shreveport Cases*, 234 U.S. 342).

²⁰⁸ Sobre esta cláusula *Vid. Supra.*, Nota 173. Aunque la vertiente sustantiva del debido proceso no forma parte del objeto de estudio del presente trabajo, guarda una estrecha relación con el poder público –federal y estatal– para regular la economía, pues su empleo en sede judicial dio origen a una línea extraordinariamente restrictiva en materia social. Por todas, la celeberrima *Lochner v. People of State of New York* (198 U.S. 45), en la que el Tribunal Supremo rechazó que la limitación de la jornada laboral de los panaderos para proteger su salud pudiera ser considerada un ejercicio razonable del poder estatal de policía.

Por contraposición, en *Howard v. Illinois Central Railway Company* (207 U.S. 463), los jueces no encuentran dificultades para admitir la regulación federal de las condiciones laborales de los conductores de trenes interestatales: “(...) No alcanzamos a ver ninguna razón justa para sostener que el Congreso carece del poder para regular la relación entre empresario y trabajador hasta el punto que las regulaciones adoptadas por el Congreso en esta cuestión se limitan únicamente al comercio interestatal, y por lo tanto están dentro de la atribución para regular tal comercio, o de la autoridad para emplear todos los medios apropiados para el ejercicio de los poderes conferidos. Para ilustrar: tomemos el caso de un tren interestatal; esto es, un tren que se está moviendo en el comercio interestatal y cuya regulación es, por la naturaleza de las cosas, una regulación de tal comercio. No puede decirse que porque la regulación adoptada por el comercio en relación con dicho tren cuando está ocupado en el comercio interestatal afecta a la relación entre el empresario y los empleados que trabajan en dicho tren o a las relaciones de dichos empleados entre sí, no estamos ante una regulación del comercio interestatal. Admitir la competencia para regular dicho tren y luego declarar que todas las regulaciones que afectan a la relación entre el empresario y los trabajadores son inválidas por falta de poder sería conceder el poder y luego negarlo o, en todo caso, reconocer el poder y hacerlo incompleto.” (207 U.S. 463, 495).

relación entre el tráfico interestatal de mercancías y las vías de comunicación resulta patente en el control basado en la cláusula de comercio latente, al que se hará referencia más adelante²⁰⁹.

Al mismo tiempo que se avanzaba en la regulación del sector ferroviario, el poder comercial pudo proyectarse sobre determinadas actividades de naturaleza estatal a través de la doctrina conocida como “*corriente del comercio*”.

Para la mejor comprensión de la misma, conviene apuntar que, a lo largo del siglo XIX y hasta el cambio operado tras la crisis constitucional de 1937, el Tribunal Supremo planteó siempre el poder comercial del Congreso en términos esencialmente espaciales, de forma que la frontera entre la competencia federal y el poder estatal de policía se definía en atención a la ubicación del bien su traslado para fines comerciales, dentro o fuera del Estado²¹⁰. En otras palabras, la cláusula de comercio no permitía que el Congreso regulase una actividad comercial que se desarrollaba íntegramente dentro del territorio de un Estado, con independencia de que la misma condicionase el funcionamiento de las transacciones a nivel interestatal. La referida “corriente de comercio” viene a poner fin a esta situación.

Conforme a la misma, el comercio interestatal no debe ser visto como un concepto técnico distinto del desarrollado a nivel interno del Estado ya que resulta innegable que algunas operaciones que, consideradas de manera aislada, podrían resultar puramente estatales llegan a incidir en el comercio interestatal²¹¹. Pues bien, cuando tales operaciones –y su incidencia– son constantes, puede decirse que constituyen un eslabón de una “corriente de

En cualquier caso, la misma sentencia apunta la regulación de las condiciones laborales como una consecuencia indeseable y, por tanto, sujeta a limitaciones, de manera que la constitucionalidad de la medida dependerá de que sus destinatarios sean, en exclusiva, los operadores inmersos efectivamente en el transporte interestatal y no los restantes trabajadores de la empresa que desarrollen tareas complementarias. (207 U.S. 463, 464).

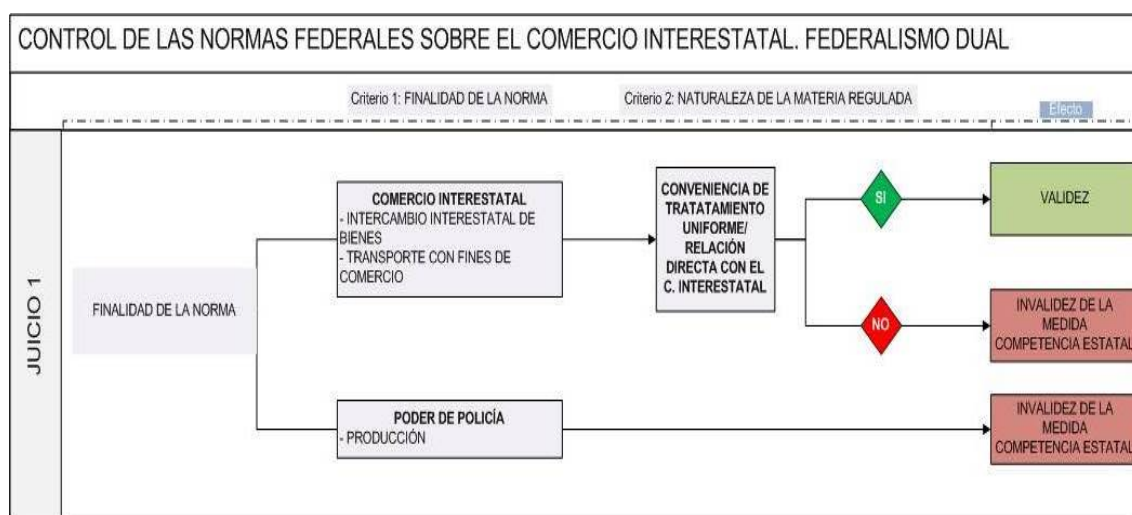
²⁰⁹ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, Ob. Cit., pp. 237 y ss. Sobre el control actual basado en la cláusula de comercio latente, Vid. *Infra.*, Apartado 6.

²¹⁰ FRIEDMAN, Barry y LAKIER, Genevieve: <<“To Regulate”, not “To Prohibit”...>>, Ob. Cit., p. 282.

²¹¹ BORRAJO INIESTA, Ignacio: *Federalismo y unidad económica...*, Ob. Cit., p. 64.

comercio” que, por transcurrir más allá de los límites de un Estado, debe ser regulada por la Federación²¹².

En fin, parece evidente que el desarrollo de una economía que basada en las transacciones a nivel federal fuerza a reconocer que el poder congresual puede alcanzar a una actividad estatal, siempre, claro está, que se acredite su función esencial dentro del esquema de negocio²¹³. Con el paso del tiempo, este carácter expansivo situará a la doctrina de la “corriente de comercio” en el centro de la construcción jurisprudencial del poder comercial surgido tras la crisis de 1937²¹⁴.



En síntesis, las páginas anteriores ponen de manifiesto la complejidad del control normativo desarrollado en las décadas de predominio de la doctrina

²¹² *Swift and Co. v. United States* (276 U.S. 311, 398-399).

²¹³ Así las cosas, resulta sintomático que la doctrina de la “corriente de comercio” facilitará la supresión de monopolios comerciales que, por el ámbito puramente estatal de su actividad, no se hallaban incluidos en la regulación federal. De hecho, esta doctrina sobre la “corriente de comercio” fue introducida precisamente con ocasión de un litigio sobre la aplicación de la legislación antimonopolística. En *Swift and Co. v. United States* (276 U.S. 311), el Tribunal Supremo consideró que las ferias de ganado celebradas en un Estado formaban parte esencial de la corriente de comercio interestatal de estas mercancías, por lo que admitió la aplicación de la Ley Sherman a un pacto de precios entre comerciantes de carne distribuidos en diversos Estados que afectaba al sesenta por ciento de la mercancía distribuida a nivel nacional.

²¹⁴ A partir de ese año el Tribunal Supremo abandona su enfoque esencialmente espacial para perfilar un criterio de validez basado en las consecuencias prácticas de la medida enjuiciada sobre el comercio interestatal. Al tener en consideración los efectos de todas las actividades del mismo tipo –doctrina del efecto acumulativo– la apreciación de una corriente de comercio sujeta al poder federal pasará a ser la regla general. Sobre esta cuestión, *vid. Wickard v. Filburn* (317 U.S. 111), a la que se hará referencia más adelante.

del federalismo dual. Bajo la misma, la cláusula de comercio quedó sujeta a límites inéditos tanto en los años precedentes, marcados por la inactividad del Congreso, como en las décadas posteriores al *New Deal*, de plenitud del poder Federal sobre la economía²¹⁵. Pero más interesante que este efecto, o que la propia complejidad del discurso, resulta la perspectiva procesal de este acortamiento: no fue necesario alterar el juicio definido en *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia*. La circunscripción del poder federal es el resultado de la interpretación –en clave dual– de este esquema y su consiguiente aplicación a las normas federales.

4.2 La crisis constitucional de 1937

El desplome bursátil de 1929 marcó el inicio del abandono de la interpretación de la cláusula de comercio desde la óptica del federalismo dual. La depresión económica y social que siguió al mismo trajo consigo un nuevo impulso a los grupos sociales proclives a abandonar la concepción liberal de la economía y el mercado, que acabaron encontrando eco en el acceso a la Presidencia por parte de Roosevelt. Con el mismo, la dirección política del país comenzó a orientarse progresivamente hacia la implementación de un ambicioso programa de reformas socioeconómicas –el conocido como *New Deal*– que suponía unas cotas de intervención federal inéditas hasta esa fecha en la historia norteamericana²¹⁶. Aunque de manera indirecta, la crisis de 1929 acentuará aún más el distanciamiento entre la concepción social predominante y la actitud recelosa de los magistrados del Tribunal Supremo acerca del poder comercial de la Federación²¹⁷.

²¹⁵ Frente a esta postura mayoritaria, no ha faltado quien ha rechazado la caracterización del Tribunal Supremo de esta época como un defensor a ultranza del *laissez faire*. Para Rabin, esa conclusión se funda, principalmente, en el lenguaje manejado por el Tribunal en algunos asuntos como *Lochner*. No obstante, a su juicio, los jueces trataron de imponer sus preferencias por un control limitado del mercado hasta donde lo permitía la interpretación, pero no más allá. RABIN, Robert: <<Federal Regulation...>>, *Ob. Cit.*, p. 1236.

²¹⁶ En opinión de Rabin, el *New Deal* no se limitó a promover cambios indirectos en el mercado mediante el ofrecimiento de incentivos, sino que configuró el poder público como un verdadero agente protector frente a las carencias económicas, provocando una confusión entre las esferas pública y privada que marcará la futura configuración del papel del Estado. *Ídem.*, p. 1253.

²¹⁷ Es frecuente aludir a la división interna existente en el conocido como *Tribunal del New Deal*, por cuanto la misma se hizo notar en las decisiones de estos años. En efecto, este

A pesar de la situación política del país, los jueces continuaron aplicando la misma lógica dualista que había informado su jurisprudencia desde el inicio de la actividad del Congreso, por lo que las medidas por la nueva administración fueron analizadas bajo la lupa de la separación entre comercio y producción y la reserva de los jueces a considerar sus efectos prácticos a la hora de declarar su relación –directa o indirecta– con el comercio interestatal. En consecuencia, las dos regulaciones fundamentales para el desarrollo del programa indicado –*National Industrial Recovery Act* (NIRA) y *Agricultural Adjustment Act* (AAA)– fueron declaradas inconstitucionales²¹⁸.

En el primer caso, el Tribunal Supremo consideró que la atribución al Presidente de la capacidad de aprobar códigos de buenas prácticas a las industrias que operan en el comercio interestatal no tenía cabida dentro del reparto territorial del poder consagrado en la Constitución de 1787²¹⁹. El asunto resulta especialmente interesante desde la perspectiva de la doctrina de la delegación de poderes, por cuanto define, por vez primera, un límite externo a

Tribunal Supremo estaba conformado por cuatro jueces muy conservadores –“*the four horsemen*”– radicalmente contrarios a la intervención pública en la economía, tres –Brandeis, Stone y Cardozo– favorables a la misma y dos –incluido el Presidente– sin una postura predeterminada. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio: *Las sentencias básicas...*, Ob. Cit., p. 228.

²¹⁸ El desarrollo de la política del *New Deal* vino acompañado de un incremento en la intensidad del control de constitucionalidad de las normas federales. Según recoge Biglino, entre la Guerra de Secesión y 1928 el Tribunal Supremo anuló un total de doce regulaciones por exceder el alcance del poder comercial del Congreso. BIGLINO CAMPOS, Paloma: *Federalismo de integración...*, Ob. Cit., p. 101. Este mismo número de anulaciones se alcanzaría en el período comprendido entre 1934 y 1936. SCHWARTZ, Bernard: *A History of Supreme Court*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 234. En dicho lapso temporal únicamente la ley federal dictada la estabilización del sector financiero superaría el escrutinio del Tribunal Supremo. BORRAJO INIESTA, Ignacio: *Federalismo y unidad económica...*, Ob. Cit., p. 67.

En cualquier caso, la intensidad del control normativo no fue inferior con respecto de las regulaciones procedentes de los Estados. En relación a los mismos, el Tribunal Supremo recurrió con frecuencia al contenido de la cláusula sobre el debido proceso en su dimensión sustantiva para justificar que la libertad contractual prevista en la misma impedía al legislador –federal o estatal– utilizar su potestad como mecanismo para la protección de las clases económicas más débiles. Por todas, *Morehead v. Tipaldo* (298 U.S. 587), en la que se anuló la ley del Estado de Nueva York que fijaba un salario mínimo para las mujeres porque: “la libertad de contratación es la regla general y su restricción, la excepción” (298 U.S. 587, 610).

²¹⁹ De acuerdo con la misma, tales códigos debían encontrar origen en las propias empresas, pero, a falta de acuerdo, podían ser elaborados por el mismo Presidente. En *Schechter Poultry Corporation. v. United States* (295 U.S. 495), el Tribunal Supremo terminará declarando la inconstitucionalidad de la NIRA a raíz de la aplicación del Código sobre Aves Vivas –aprobado bajo el esquema de aquella– a un matadero kosher que no respetaba las normas laborales y buenas prácticas previstas en el mismo.

esta potestad²²⁰: el Parlamento no puede realizar delegaciones en blanco en favor del Ejecutivo²²¹. En cuanto a la cláusula de comercio, apenas es aplicada como refuerzo de la decisión principal, sin que el Tribunal, por lo demás, aporte nada nuevo a la doctrina mantenida en las décadas precedentes²²².

Los efectos económicos de esta negativa a autorizar el programa político diseñado para salir de la crisis fueron contestados por la sociedad norteamericana²²³, que en las elecciones presidenciales de 1936 respaldó de

²²⁰ RABIN, Robert: <<Federal Regulation...>>, *Ob. Cit.*, p. 1257.

²²¹ *Schechter Poultry Corporation. v. United States* (295 U.S. 495): De admitirse la Ley, “cualquier cosa que el Congreso pudiera hacer, dentro de los límites de la cláusula de comercio, para la mejora de los negocios podría ser realizada por el Presidente, tras la recomendación de una asociación empresarial, mediante la aprobación de un código. Esto es una delegación desbocada. No puede delegarse tal plenitud de poder.” (295 U.S. 495, 553).

²²² En términos generales, los magistrados consideraron, de manera unánime, que la Ley regulaba una actividad comercial puramente interna –la matanza y venta de aves en el Estado de Nueva York– y que las condiciones laborales de los empleados de ésta tenían una relación meramente indirecta con el comercio interestatal, por lo que no bastaban para justificar la intervención federal. *Schechter Poultry Corporation. v. United States* (295 U.S. 495): “Las personas empleadas en la matanza y venta de animales en el comercio local no están empleadas en el comercio interestatal. Sus horas y salarios no tienen una relación directa con el comercio interestatal. (...) Si el Gobierno federal pudiera determinar los salarios y horas de los empleados en el comercio interno de un Estado, por su relación con el coste y los precios y su efecto indirecto sobre el comercio interestatal, pareciera que un control similar pudiera ejercerse sobre otros elementos del coste, incluso afectando a los precios, como el número de empleados, alquileres, publicidad, métodos de realización de los negocios, etc. De este modo, todos los procesos de producción y distribución que entran dentro del coste podrían ser controlados.” (295 U.S. 495, 549-550).

El caso tuvo una –relativa– continuación en *Carter v. Carter Coal Company* (298 U.S. 238), en la que se analizaba la *Bituminous Coal Conservation Act*, cuyas disposiciones tenían su origen en un código anulado tras la declaración de inconstitucionalidad de la NIRA. Una vez más, el Tribunal Supremo rechazaría que la cláusula de comercio habilite a la Federación para la regulación de las condiciones laborales de los trabajadores ocupados en actividades de carácter productivo: “Hemos visto que la palabra “comercio” es el equivalente de la expresión “negociación con fines de comercio”. Claramente, los incidentes llevados a cabo y culminados en la minería del carbón no constituyen tal transacción. El empleo de hombres, la fijación de sus salarios, horas de trabajo (...) constituyen negociación a efectos de la producción, no del comercio. (...) La extracción del carbón de la mina es el propósito y el resultado pleno de actividades locales”. (298 U.S. 238, 304).

²²³ El malestar social con la postura mantenida por el Tribunal Supremo se comprende fácilmente si se atiende a la magnitud de la crisis y el coste económico de sus decisiones. Cuando Roosevelt fue elegido Presidente en 1933 el índice de desempleo de Estados Unidos resultaba próximo al 25 por cien, lo que equivalía a una cifra cercana a trece millones de desempleados. De manera similar, el índice precios había caído casi un 37 por cien y los ingresos por la venta de productos nacionales se habían visto reducidos a la mitad. PRICE, Elisabeth: <<Constitutional fidelity and the Commerce Clause: a reply to professor Ackerman>>, en *Syracuse Law Review*, 48, p. 157.

En este escenario, la resolución dictada en *United States v. Butler* supuso la eliminación de un programa de ayudas agrícolas con un monto total de dos mil millones de dólares. LEUCHTEMBERG, William E.: <<The origins of Franklin D. Roosevelt’s “Court-Packing” Plan>>, en *The Supreme Court Review*, 1966, p. 368. Paralelamente, la negativa del Tribunal a permitir la intervención de la Federación para regular las condiciones laborales de los

forma –ampliamente– mayoritaria la reelección de Roosevelt²²⁴. Consciente de la fuerza política adquirida, el Presidente hará uso de ella para poner fin a la situación de bloqueo en que se encontraba su programa de gobierno, dando lugar a una verdadera crisis constitucional.

En 1937, el Presidente anunció su decisión de “actuar para salvar a la Constitución del Tribunal y al Tribunal de sí mismo”²²⁵, concretada en una iniciativa para alterar la composición del Tribunal Supremo. De acuerdo con la ley propuesta –*Court-packing bill*– correspondería al Presidente federal la designación de un nuevo juez por cada miembro del Tribunal Supremo que, habiendo servido durante un período de al menos diez años, no se hubiera retirado en el plazo de los seis meses siguientes a la fecha de su septuagésimo cumpleaños²²⁶. A efectos prácticos, la medida hubiera supuesto la elección de seis nuevos jueces, un número suficiente para variar la mayoría existente en el órgano.

trabajadores ocupados en la producción fue seguida por una generalización de las huelgas de brazos caídos entre los trabajadores fabriles, con la consiguiente paralización de la economía del país. FORBATH, William E.: <<The New Deal Constitution in exile>>, en *Duke Law Journal*, 51, p. 199.

²²⁴ Sobre un total de cuarenta y ocho Estados, Roosevelt obtuvo los votos de cuarenta y seis. Únicamente Maine y Vermont confirieron sus votos a su oponente. *Ídem*, p. 199.

²²⁵ En este sentido, en su discurso de 9 de marzo de 1937, Roosevelt apuntaba que: “Hemos alcanzado el punto como nación en que debemos actuar para salvar a la Constitución del Tribunal y al Tribunal de sí mismo”. La intervención se encuentra disponible en <http://www.hpol.org/fdr/chat/>.

²²⁶ Según resulta del testimonio de Ickes –asesor de Roosevelt en asuntos económicos– la reforma legislativa no habría la única de las opciones manejadas. Junto a la misma, la administración Roosevelt valoró la posibilidad de reformar la constitución para resolver problemas concretos o introducir una enmienda constitucional con un doble sentido. De una parte, reconocería explícitamente la competencia del Tribunal Supremo para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, discutida en algunos sectores. De otra, limitaría los efectos de la declaración de nulidad de las leyes, permitiendo que la misma quedase sin efecto en los casos en que, tras la celebración de unas elecciones, el Parlamento aprobase nuevamente aquella. Esta opción –que habría variado sustancialmente el control normativo que aquí interesa– fue finalmente descartada por las dificultades previstas por la Constitución de 1787 para su reforma.

Por su parte, la solución adoptada habría sido tomada de la experiencia inglesa, donde a comienzos del siglo XX se había producido una situación similar a la norteamericana: la negativa de la Cámara de los Lores a aprobar una Ley sobre la autonomía irlandesa remitida por los Comunes fue contestada por el Primer Ministro Asquith con la petición al Rey Eduardo VII de la potestad para nombrar el número de lores que resultase necesario para ganar la votación en caso de que la Ley fuera nuevamente rechazada. Tampoco en este caso fue necesario llevar a cabo tal ampliación, toda vez que ante la amenaza los Lores aprobaron la Ley. LEUCHTEMBERG, William E.: <<The origins of...>>, *Ob. Cit.*, pp. 364 y ss.

Aunque esta ley sería finalmente rechazada en el Senado, la simple amenaza fue suficiente para que los jueces abandonasen su conflicto abierto con el gobierno, produciéndose un cambio drástico en la interpretación de la cláusula de comercio, que será leída en sentido opuesto al evidenciado por la jurisprudencia desarrollada hasta esa fecha²²⁷. A partir de 1937 ésta conformará un título habilitante extraordinariamente amplio para la Federación, convirtiéndola en un garante de la unidad económica, entendida, no en términos espaciales, sino en los propios del crecimiento económico²²⁸. A la postre, la nueva lectura terminará provocando que el control normativo realizado en sede jurisdiccional quede desvirtuado en beneficio de las técnicas de naturaleza política.

4.3 Panorámica: federalismo dual y control basado en la competencia

El período comprendido entre el inicio de la actividad legislativa del Congreso y la crisis constitucional de 1937 aparece caracterizado por el distanciamiento entre el Tribunal Supremo y los restantes poderes federales acerca del papel que la Administración debía desempeñar tanto en la economía como en la promoción del bienestar de sus ciudadanos. Todo ello bajo el influjo de una lógica, la propia del federalismo dual, que concibe la Federación y los Estados como espacios separados entre los que no cabe cooperación alguna porque –al menos a nivel teórico– carecen de puntos de contacto entre ellos.

Sobre esta premisa, la jurisprudencia pretende una división clara en la que se reconocen dos poderes exclusivos y –en principio– excluyentes. La regulación de las actividades productivas compete únicamente al legislador estatal. La propia de las actividades comerciales viene determinada por el alcance espacial de las mismas: si la misma transcurre íntegramente dentro del territorio de un Estado, la competencia corresponderá a éste; mientras que el

²²⁷ Como señala Schwartz, “Desde 1934 hasta 1936, el Tribunal realizó doce decisiones declarando inválidas las medidas del New Deal; a comienzos de abril de 1937, dicho Tribunal validó todas las leyes de New Deal que se le presentaron, incluyendo algunas que eran básicamente similares a las normas anteriormente anuladas. En realidad, no resulta inverosímil asegurar que en 1937 se produjo una verdadera revolución en la jurisprudencia del Tribunal (...)”. SCHWARTZ, Bernard: *A History of...*, Ob. Cit., p. 234.

²²⁸ En este sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, Ob. Cit., p. 138.

paso de un límite estatal –o el inicio del movimiento para dicho paso– determinará la aplicación de las normas federales.

En cualquier caso, esta distinción basada en materias fue tempranamente superada por la realidad de las cosas²²⁹, forzando al Tribunal Supremo a ampliar la esfera federal de poder a las actividades comerciales que guarden una “relación directa” con el comercio interestatal. Tal relación no se mide en términos de los efectos económicos de aquélla sobre éste, sino que se refiere a la existencia de un interés legítimo de protección pública –moralidad o salud pública– o desarrollo económico que justifique la intervención federal para completar o corregir los efectos de la actuación estatal. En el fondo, el control basado en la “relación directa con el comercio interestatal” suponía un control velado de la intencionalidad del legislador, dando lugar a una jurisprudencia confusa –por casuística– en la que se entremezclan los límites –espaciales– propios de la cláusula de comercio con cuestiones accidentales como el nivel de intensidad en el control público del funcionamiento del espacio económico, o la función del Estado como garante de las condiciones de vida de sus ciudadanos²³⁰.

Desde el punto de vista del objeto –procesal– del trabajo este periodo presenta un notable grado de interés por el modo en que tuvo lugar la reordenación apuntada: aplicando el mismo juicio que se había fijado en *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia*. Es decir, la misma estructura de control normativo que unos años antes había configurado una actuación concurrente sobre la actividad económica, sirve ahora para reducir de manera notable la actuación federal sobre las actividades estatales que afectan al comercio interestatal en particular; y la intervención pública –federal o estatal– en la economía en general. Dejando de lado este último extremo, la interpretación de la cláusula de comercio efectuada en el período comprendido entre el último tercio del siglo XIX y 1937 pone de manifiesto hasta qué punto la

²²⁹ Recuérdese la crítica realizada por el Juez Stone en el voto particular efectuado en *Di Santo v. Pennsylvania*. Vid. *Supra.*, Nota 196.

²³⁰ Ambos extremos quedaron plasmados, en esta época en el frecuente recurso a la cláusula del debido proceso en su vertiente sustantiva. Vid. *Supra.*, Nota 173.

protección del espacio económico únicamente desde la perspectiva competencial puede conducir a soluciones radicalmente opuestas.

Estas fórmulas centran todo el interés en la identificación de la materia, ubicando la misma dentro de alguna de las esferas competenciales existentes en el ordenamiento. Alcanzada una decisión sobre este punto, el juicio finaliza con un pronunciamiento automático sobre su validez: la actuación es válida si fue desarrollada por quien la Constitución define como competente. El problema está en que, al adoptar este enfoque, la resolución de los asuntos termina por depender de un criterio excesivamente abstracto –v. gr. La “afectación esencial al comercio interestatal”, o la “relación directa” con el mismo– y, por ello, permeable a aspectos ajenos a la integridad del espacio económico, como el referido grado de intervención pública en la economía²³¹. La experiencia norteamericana revela que la protección del espacio económico basada únicamente en la titularidad de la competencia lleva aparejadas construcciones jurisprudenciales ambiguas de las que se derivan notables cotas de incertidumbre²³².

5. El control basado en la titularidad competencial (III). El federalismo procedimental

La crisis constitucional de 1937 supuso una verdadera mutación constitucional en lo relativo al poder comercial de la Federación²³³. Pese a la

²³¹ *Vid. Supra.*, la línea jurisprudencial desarrollada en relación con el transporte ferroviario de ámbito interestatal, pp. 96 y ss.

²³² En este sentido, Rabin pone de manifiesto cómo el giro de ciento ochenta grados operado en la jurisprudencia tras la crisis constitucional de 1937 no supuso el abandono de los esquemas teóricos desarrollados en las décadas precedentes, siendo suficiente con que un único juez variase su interpretación de los mismos. RABIN, Robert: <<Federal Regulation...>>, *Ob. Cit.*, p. 1261.

²³³ La definición clásica de mutación constitucional se atribuye a Jellinek: “(...) la modificación (de la Constitución) que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación”. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 29. El original de 1908.

A tenor la doctrina científica norteamericana, no parece dudoso que el cambio jurisprudencial alcanzó este carácter. En este sentido, Lacour señala que “en la era del *New Deal* y bajo el liderazgo del Presidente Franklin D. Roosevelt, fuimos obligados a, al menos judicialmente, reescribir la Constitución”. LACOUR, Vanue B.: <<The misunderstanding...>>, *Ob. Cit.*, p. 188. En la misma línea, para Ganoe: “(...) uno sólo puede concluir lo obvio, que la interpretación

inicial resistencia del Tribunal Supremo, las necesidades económicas y sociales del país terminaron por imponer el arrumbamiento de la lógica del federalismo dual y su sustitución por otra de tipo procedimental. En este nuevo período la jurisprudencia toma como base una lectura del reparto competencial en términos de interrelación entre las instancias de gobierno. La Décima Enmienda, tan frecuentemente empleada en la jurisprudencia previa, queda ahora desprovista de cualquier significado limitativo frente a un poder federal sobre el comercio que alcanza a cualquier actividad económica²³⁴.

Esta nueva interpretación de la cláusula de comercio va a dar lugar a lugar a un nuevo enfoque de los problemas relativos a la integridad del espacio económico. Desde la perspectiva de la cláusula de comercio positiva, la configuración de un poder federal prácticamente universal a costa de correlativa reducción del ámbito competencial propio de los parlamentos estatales. En un breve lapso temporal, el Tribunal Supremo pasará de la férrea distinción por materias analizada más arriba, a un enjuiciamiento puramente formal que parece confiar más en las garantías del sistema político norteamericano, que en las propias de su ordenamiento jurídico. En este escenario de poderes concurrentes, el mantenimiento de un margen de actuación estatal suficiente exigirá que el Tribunal Supremo profile su doctrina de la *pre-emption*.

Traducida en términos procesales, esta dinámica terminará provocando el progresivo desarme del control jurisdiccional sobre las normas emanadas del Congreso. A partir de 1937 la expresión “comercio interestatal” comienza a manejarse para hacer referencia al funcionamiento de la economía nacional. En una economía cada vez más interrelacionada y que demanda la

actual es contraria a la mantenida por altas instancias de gobierno durante más de un siglo y como tal constituye una mutación en el proceso evolutivo que, por su naturaleza, es revolucionaria.” GANOE, John T.: <<The Roosevelt Court and the commerce clause>>, en *Oregon Law Review*, Vol. XXIV, Núm. 2, p. 144.

²³⁴ *United States v. Darby*. (312 U.S. 100): “La enmienda sólo establece una reiteración, que todo lo que no ha sido cedido se retiene. No hay nada en la historia de su adopción que sugiera que es más que una declaración de la relación entre los gobiernos nacional y estatal tal como se ha establecido por la Constitución antes de la enmienda o que su propósito fuese más allá de alejar los temores de que el nuevo gobierno nacional pudiese buscar el ejercicio de poderes no atribuidos, y que los Estados pudieran ser incapaces de ejercer plenamente sus poderes reservados”. (312 U.S. 100, 124).

intervención de los poderes públicos el poder comercial no puede resultar constreñido por el alcance físico de la actividad, sino por la incidencia práctica que la medida tiene en el funcionamiento global de la economía. En otras palabras, la decisión sobre cuál sea el alcance de la cláusula de comercio positiva ya no estará apoyada en el enfoque espacial de los períodos anteriores, sino en la aplicación del criterio de los “efectos sobre el comercio interestatal”²³⁵.

5.1 El poder comercial resultante del cambio jurisprudencial

Como se vio, a lo largo de la década de los treinta se fue asentando entre las clases social y política de los Estados Unidos una nueva visión del rol que corresponde al Estado con respecto a la economía. Así, el *New Deal* encontraba su fundamento en la configuración de un poder federal suficientemente preparado para asumir cualesquiera funciones que resulten necesarias para garantizar el progreso económico del país. En las páginas siguientes trataré de describir brevemente cómo se produjo dicha configuración en sede judicial, teniendo presente que la misma había de partir de una jurisprudencia claramente opuesta.

En este punto, es frecuente referirse a una tríada de sentencias, dictadas en un lapso de tiempo relativamente breve, de las que surgirá una lectura de la cláusula de comercio que atribuye al Congreso una competencia suficientemente amplia para abarcar cualquier actividad, productiva o comercial con un efecto sustancial sobre la economía y siempre que medie un fin legítimo.

²³⁵ A diferencia del modelo espacial previo, el escrutinio basado en los efectos no toma en consideración la ubicación de la actividad regulada, sino su conexión y consecuencias sobre la economía nacional. Esto es, ya no se toma en cuenta el comercio como actividad, sino el mercado como sinónimo de la economía nacional. En este sentido, FRIEDMAN, Barry y LAKIER, Genevieve: <<To Regulate”, not “To Prohibit”...>>, *Ob. Cit.*, p. 283. En sentido similar, la importancia de los efectos prácticos de la medida como parámetro de decisión permitirá al Tribunal Supremo controlar validez de las actuaciones estatales directamente la cláusula de comercio latente, configurando un auténtico *juicio de unidad*. *Vid. Infra.*, Epígrafe 6.

5.1.1 Una competencia para regular cualquier actividad, productiva o comercial (...)

La primera sentencia rupturista tuvo lugar apenas dos meses después de la crisis provocada por la *Court-packing Bill*. En *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*²³⁶, el Tribunal Supremo debía pronunciarse acerca de la posibilidad de aplicar la legislación federal sobre relaciones laborales a una de las empresas siderúrgicas más importantes de Estados Unidos. De haber seguido su doctrina anterior, el Tribunal Supremo debería haber declarado que las relaciones entre la empresa y sus trabajadores quedaban sujetas a la regulación estatal, pues resulta evidente que el trabajo del hierro constituye una actividad productiva ajena, como tal, al poder comercial de la Federación²³⁷.

Sin embargo, los jueces descartan la aplicación automática de la distinción que había marcado la interpretación del poder comercial desde finales del siglo XIX y permiten que la Federación tenga algo que decir sobre el modo en que se producen los bienes. Si en la etapa anterior el Congreso podía regular las transacciones comerciales que, pese a desarrollarse íntegramente dentro de un Estado, tenían una relación directa con el comercio interestatal, ahora el Tribunal Supremo sostiene la misma lógica con respecto a la producción²³⁸.

²³⁶ 301 U.S. 1.

²³⁷ Por la similitud de los hechos, es frecuente comparar esta decisión con la acaecida en *United States v. E. C. Knight Company*, *Vid. Supra.*, Nota 193. Si se recuerda, el Tribunal Supremo negó entonces que el poder comercial del Congreso justificase la eliminación de una unión de empresas dedicadas a las producción de azúcar, pese a que las mismas controlaban más del noventa por ciento de la producción nacional.

²³⁸ *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation* (301 U.S. 1): "La regla fundamental es que la competencia para regular el comercio equivale a la competencia para dictar "todas las leyes apropiadas" para su "protección y mejora", para adoptar medidas "para asegurar su crecimiento y seguridad", para "estimularlo, protegerlo y controlarlo". Esta competencia federal es plena, y puede ser ejercida para proteger el comercio interestatal "sea cual sea el origen de los peligros que lo amenazan". Pese a que algunas actividades, examinadas una por una, puedan tener carácter intraestatal, es indudable que el Congreso está habilitado para ejecutar frente a ellas dicho poder cuando tales actividades tienen una relación con el comercio interestatal tan estrecha e importante que su control deviene innecesario o deseable para proteger al comercio de toda amenaza u obstáculo". (301 U.S. 1, 37).

Bajo la nueva aproximación, el criterio de la “relación directa” pasa a tener un alcance general, de donde resulta que:

- a) El Congreso podrá regular cualquier materia propia del poder de policía de los Estados. La distinción basada en la naturaleza de la materia pierde su vigencia.
- b) Para que la referida actuación federal sea válida es preciso que se acredite que la materia está ligada de manera “estrecha e importante” – sustancial– al comercio interestatal. Ahora bien, “el comercio interestatal es una noción que se define en términos empíricos”²³⁹, esto es, como el espacio económico nacional y su funcionamiento²⁴⁰. Como consecuencia de este cambio de enfoque²⁴¹, la capacidad del Congreso para intervenir sobre materias distintas del comercio interestatal en sentido estricto dependerá de los efectos prácticos que las mismas provoquen sobre éste²⁴².

5.1.2 siempre que el fin sea legítimo (...)

La aproximación jurisprudencial a los postulados del *New Deal* también se hizo patente en la capacidad del Tribunal Supremo para fiscalizar los fines

En idéntico sentido, *National Labor Relations Board v. Fruehauf Trailer Company*. (301 U.S. 49), decidida el mismo día y en la que se ampara la aplicación de la misma ley a una de las principales empresas de montaje de remolques de camión.

²³⁹ 301 U.S. 1, 41-42.

²⁴⁰ En este sentido, FRIEDMAN, Barry y LAKIER, Genevieve: <<To Regulate”, not “To Prohibit”...>>, *Ob. Cit.*, p. 287. Entre nuestra doctrina, Rey Martínez ha apuntado que “el Tribunal Supremo (...) pasó a interpretarla (la cláusula de comercio) en un sentido amplísimo, a modo de principio de unidad económica nacional”. REY MARTÍNEZ, Fernando: <<United States v. Lopez y el “nuevo federalismo” norteamericano>>, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 51, p. 274. Es interesante destacar la similitud entre esta lectura y la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.13ª de la Constitución.

²⁴¹ Sobre los criterios –abstractos– empleados para determinar el carácter directo o indirecto de esta relación en la etapa judicial previa, *Vid. Supra.*, Epígrafe 3.3.

²⁴² *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*: “Sería absurdo afirmar, en relación con las extensas actividades que la empresa Jones & Laughlin, que el efecto sería indirecto o lejano. Es evidente que las consecuencias serían inmediatas y, tal vez, catastróficas. Se nos pide que cerremos los ojos respecto de los hechos más evidentes de nuestra realidad nacional, y que, en estas condiciones, abordemos el problema de los efectos directos o indirectos en una especie de vacío intelectual. Cuando las empresas tienen nivel nacional, y por ello el comercio interestatal es la base de su actividad, ¿cómo se puede sostener que las relaciones laborales que en ellas se desarrollan constituyen una materia vedada al Congreso, siendo necesaria una intervención federal para proteger al comercio interestatal de las luchas y conflictos en el sector industrial?” (301 U.S. 1, 41).

perseguidos por el legislador. Si en el período anterior la cláusula de comercio –aunque, especialmente, la Décima Enmienda– había impedido la aprobación de normas de carácter social, la nueva visión –empírica– de este comercio trajo consigo un notable aperturismo. A partir de *United States v. Darby*²⁴³, el control sobre los fines pasa a un segundo plano y se atiende únicamente a los efectos de la materia regulada sobre el espacio económico²⁴⁴. Bajo esta dinámica, los intentos de oponer la Décima Enmienda al poder normativo del Congreso pierden cualquier interés y el Tribunal Supremo ampara la utilización instrumental de la cláusula de comercio: el poder comercial puede ser empleado para conseguir un fin legítimo en una materia que, sin formar parte del tráfico interestatal de bienes, lo afecte²⁴⁵. En este punto, el poder comercial del Congreso pasa a convertirse en una competencia regulatoria general sobre la actividad económica.

A tenor del carácter cada más interdependiente de la economía, *United States v. Darby* auspiciaba la ampliación del poder federal a otras realidades materiales. Por eso, cuando, un año más tarde, los magistrados terminen de configurar los perfiles de la competencia congresual, la cláusula de comercio no sólo amparará las intervenciones públicas en el ámbito económico, sino que permitirá actuar en campos ajenos al mismo, dando origen a una dimensión social de la cláusula de comercio que, ya en los últimos años de la década de los treinta, permitió a la Federación dar cumplimiento a las demandas de los

²⁴³ 312 U.S. 100. La sentencia resuelve la constitucionalidad de una ley federal dirigida específicamente a la fijación de unas condiciones laborales mínimas, entre las que destacaba la prohibición de vender productos en cuya fabricación hubieran participado niños. Enjuiciando unos hechos idénticos a los de *Hammer v. Dagenhart*, el Tribunal Supremo evidencia su rechazo a la interpretación precedente y la deroga: “La conclusión inevitable es que *Hammer v. Dagenhart* fue un alejamiento de los principios que han prevalecido en la interpretación de la cláusula de comercio antes y después de la decisión (...). Debería ser y es derogada.” (312 U.S. 100, 116-117).

²⁴⁴ “La motivación y el propósito de las regulaciones del comercio interestatal son materias para un enjuiciamiento legislativo sobre las que la Constitución no establece limitaciones y sobre las que los Tribunales no tienen control. (...) Cualquiera que sea su motivación o propósito, las regulaciones de comercio que no infringen alguna prohibición constitucional se incluyen dentro del plenario poder del Congreso conferido a éste por la cláusula de comercio” (312 U.S. 100, 115).

²⁴⁵ “El poder del Congreso sobre el comercio interestatal no está confinado a la regulación del comercio entre los Estados. Se extiende a aquellas actividades intraestatales que afectan de tal modo al comercio interestatal o al ejercicio del poder del Congreso sobre él, como para hacer de su regulación un medio apropiado para la consecución de un fin legítimo, el ejercicio de las competencias atribuidas al Congreso para regular el comercio interestatal”. (312 U.S. 118).

movimientos obreros. Y un cuarto de siglo más tarde, será nuevamente la dimensión social de la cláusula de comercio la que legitime al Congreso para extender a la comunidad afroamericana los avances de carácter social. Así, la validación del intervencionismo federal en materia de derechos civiles por parte del Tribunal Supremo vendrá fundada en los perjuicios que de la discriminación racial se derivan para el funcionamiento del comercio interestatal, entendido como funcionamiento de la economía nacional²⁴⁶.

5.1.3 y aquella (actividad) tenga un efecto sustancial sobre la economía

Como se ha podido comprobar, la jurisprudencia subsiguiente a la crisis constitucional de 1937 abrió la puerta a un poder federal con un alcance inversamente proporcional a la rigidez con que el Tribunal Supremo valore los efectos de la actividad regulada. Si el control fuese laxo, el Congreso podría regular cualquier realidad que presente una vertiente económica.

*Wickard v. Filburn*²⁴⁷ ha pasado a la historia constitucional norteamericana por ofrecer respuesta a esta cuestión, incorporando al *juicio de unidad* el llamado “criterio del efecto acumulativo”. Conforme al mismo, resulta irrelevante el efecto que la actividad regulada pueda tener de forma aislada sobre la economía nacional. Lo decisivo será el efecto propio de la totalidad de las actividades similares, esto es, la importancia económica del sector

²⁴⁶ En este sentido, la decisión adoptada en *Heart of Atlanta Motel v. United States* (379 U.S. 241) se fundamentó en la existencia de “un efecto cualitativo y cuantitativo sobre los viajes interestatales de los negros. El primero era la obvia deficiencia que para el placer y comodidad del viajero negro resultaba de la continua incertidumbre de encontrar alojamiento. En cuanto al último, era la prueba de que esta incertidumbre derivada de la discriminación racial tuviera el efecto de desanimar los viajes de una parte sustancial de la comunidad negra.” (379 U.S. 241, 253). Igualmente, *Katzenbach v. United States* (379 U.S. 294): “las prácticas discriminatorias impiden a los negros la compra de comida preparada servida en locales durante un viaje, salvo en restaurantes aislados y descuidados y bajo las condiciones más insatisfactorias y a menudo desapacibles. Obviamente, esto impide los viajes y obstruye el comercio interestatal ya que difícilmente uno puede viajar sin comer. Así mismo (...) tal discriminación disuade a los profesionales, así como a las personas cualificadas de trasladarse a lugares donde tales prácticas tienen lugar y, consecuentemente, origina que la industria sea reacia a establecerse en los mismos.” (379 U.S. 294, 300).

²⁴⁷ 317 U.S. 111. Resuelve acerca de la posibilidad de aplicar la *Agricultural Adjustment Act* para sancionar a un granjero que cultivaba maíz para su propio consumo, justificando que esta conducta afectaba al precio de dicho producto a nivel interestatal por cuanto supone una reducción de la demanda.

completo²⁴⁸. Dicho de manera sencilla, el poder federal alcanza a todos los agentes que operan a nivel nacional, y no solo a las empresas con un determinado peso específico²⁴⁹. Si aún quedaba algún vestigio, la distinción entre “actividades productivas” y “comercio” quedaba definitivamente arrumbada: la competencia federal alcanza hasta el último de los productores estatales ocupados en un sector de interés nacional, cualquiera que sea el volumen o el alcance geográfico de su negocio. Como se comprende con facilidad, la consecuencia inmediata de este modo de proceder es la *configuración de la cláusula de comercio como una competencia regulatoria – plenamente– horizontal susceptible de alcanzar cualquier actividad que tenga una vertiente económica, por mínima que resulte la misma*²⁵⁰.

En resumen, en los años que siguieron a la crisis constitucional de 1937, el Tribunal Supremo inició una línea jurisprudencial tendente a la configuración del nivel federal como garante de la unidad económica. En sucesivos pronunciamientos el Alto Tribunal relajó progresivamente los requisitos para apreciar la existencia un efecto sustancial de la materia regulada sobre el comercio interestatal, de manera que el poder congresual ya no dependerá del movimiento supraestatal de la mercancía²⁵¹. Bajo los nuevos parámetros, la Federación puede regular, según el interés nacional, cualquier actividad con vertiente económica, de cualquier sector, y con el grado de intensidad que sea necesario²⁵². El resultado es un sistema donde el equilibrio entre la autonomía

²⁴⁸ “Que la contribución propia del apelante a la demanda de trigo puede ser en sí misma trivial no es suficiente para situarle al margen del ámbito de la regulación federal cuando, como aquí, su contribución, unida a la de muchos otros en situaciones similares, dista de ser trivial.” (317 U.S. 111, 127-128)

²⁴⁹ BORRAJO INIESTA, Ignacio: *Federalismo y unidad económica...*, Ob. Cit., p. 73.

²⁵⁰ De esta forma, en *National Labor Relations Board v. Friedman-Harry Marks Clothing Company* (301 U.S. 58) se apreció la existencia de una relación directa entre el comercio interestatal y una empresa textil cuyo volumen de negocio no excedía de la mitad del uno por ciento de la producción nacional, amparando la aplicación de la ley laboral federal a sus empleados.

²⁵¹ FRIEDMAN, Barry y LAKIER, Genevieve: <<To Regulate”, not “To Prohibit”...>>, Ob. Cit., p. 284.

²⁵² Ilustrativos a este respecto resultan los fallos dictados por el Tribunal en *Kirschbaum v. Walling* (316 U.S. 517) y *Walton v. Southern Package Corporation* (320 U.S. 540) en los que el Tribunal declaró, respectivamente, la existencia de una relación directa entre el comercio interestatal y los trabajadores empleados en labores de mantenimiento de edificios dedicados a actividades productivas así como con el trabajo desarrollado por un vigilante nocturno.

política y la unidad económica permanece ajeno a la actividad jurisdiccional. No existe un espacio económico nacional cuya integridad pueda servir como parámetro estable de control, sino un régimen concreto para el acceso y ejercicio de la actividad económica continuamente definido por el legislador federal en atención a las necesidades del momento.

5.2 Su incidencia sobre el control en sede jurisdiccional

Los hitos jurisprudenciales apuntados en las páginas precedentes hicieron inviable la aplicación de un juicio de constitucionalidad que se había construido –precisamente– en la titularidad de la competencia. Con un poder comercial cuyos límites no resultan fácilmente identificables, las fronteras entre las competencias propias de cada uno de los niveles de gobierno se difuminan y se retorna a una situación práctica de concurrencia. La búsqueda de una fórmula que permita anticipar el alcance de las competencias propias termina siendo ilusoria porque, como algún autor apuntó con cierta dosis de ironía, “el Congreso puede regular el comercio, los Estados también, pero no demasiado, y determinar cuándo este demasiado era excesivamente demasiado, estaba más allá de las finalidades de (mi) planteamiento”²⁵³. En consecuencia, urge definir nuevas técnicas de control.

5.2.1 La renuncia al control jurisdiccional: el “*rational basis test*”

A tenor de la importancia atribuida a los efectos sustanciales sobre el comercio interestatal, cabría pensar que el nuevo sistema de control se asemejaría más al *juicio de unidad* en sentido estricto. Podría pensarse que al poner el acento del control en los efectos prácticos de la medida, el Tribunal Supremo abandonaría los razonamientos exclusivamente competenciales para tomar sus decisiones en base a un control autónomo y posterior a la titularidad como es el propio de los límites al ejercicio de la competencia²⁵⁴. No fue así.

²⁵³ La cita, de T. R. Powell, puede verse en BIGLINO CAMPOS, Paloma: *Federalismo de integración...*, Ob. Cit., p. 85.

²⁵⁴ Sobre el *juicio de unidad* en sentido estricto y su relación con el control de la titularidad competencial, Vid. *Supra.*, Capítulo I, Epígrafes 2.2 y 2.3.

Lejos del *juicio de unidad*, la evolución jurisprudencial derivó en un abandono del control en sede jurisdiccional en lo que a la dimensión positiva de la cláusula de comercio se refiere. Desde 1937 y hasta los últimos años del siglo XX, el Alto Tribunal hará uso de un enfoque exclusivamente procedimental, de modo que la constitucionalidad de las medidas federales se confía en términos generales al funcionamiento del sistema político. Son las llamadas “garantías políticas”: la protección de la autonomía estatal no es una cuestión que deba ser protegida –al menos, no exclusivamente– en sede jurisdiccional, sino en la propia parlamentaria o gubernativa²⁵⁵. Bajo esta perspectiva, el poder horizontal del Congreso no resulta incompatible con los intereses propios de los Estados porque el sistema constitucional estadounidense reserva a los mismos un papel esencial en la composición y funcionamiento de la Federación. La autonomía política queda asegurada por la capacidad de los representantes estatales de hacer valer los intereses propios de sus ciudadanos en aquel plano²⁵⁶.

Para quienes mantienen este enfoque, la lectura centrípeta de la cláusula de comercio tendría un carácter puramente formal, o, al menos, carecería de un efecto preocupante sobre la capacidad de decisión del legislador estatal. La inercia del sistema provocaría que el Congreso carezca de la capacidad de adoptar una medida en contra de la opinión mayoritaria de los Estados. Pese a que los intentos por restringir el poder comercial del Congreso –a que se hará referencia más adelante– han puesto en tela de juicio

²⁵⁵ En este sentido, el modelo constitucional norteamericano sería prolijo en la previsión de medios, tanto estructurales como informales, para proteger el ámbito estatal de decisión frente al carácter expansivo del poder federal, desde la propia la propia tradición política estadounidense, hasta la hasta la designación de representantes federales por parte de los Estados. Aquélla haría impensable que el legislador federal invada las materias tradicionalmente reservadas a los Estados. La última permitiría dotar a los intereses locales de proyección nacional. WESCHLER, Herbert: <<The political safeguards...>>, *Ob. Cit.*, en *Columbia Law Review*, Vol. 54, 1954, p. 559.

²⁵⁶ Esta concepción sería expresamente aceptada por el Tribunal Supremo en *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (469 U.S. 528): “los intereses soberanos de los Estados están protegidos más correctamente a través de garantías procedimentales inherentes a la estructura del sistema federal que a través de limitaciones del poder federal creadas judicialmente”.

su suficiencia para asegurar la posición constitucional de los Estados, la tesis de las “garantías políticas” aún mantiene su vigencia²⁵⁷.

Traducido en términos procesales, el esquema de control manejado vuelve a mostrar escasas variaciones formales. Al menos hasta mediados de la década de los sesenta el Tribunal Supremo seguirá recurriendo a las categorías de control definidas en *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia*, previo abandono del enfoque radicalmente opuesto manejado durante la etapa del federalismo dual. Sea como fuere, el enfoque judicial de la cláusula de comercio quedará definitivamente aclarado en 1964, cuando el Tribunal Supremo incorpore a su escrutinio el denominado *rational basis test*²⁵⁸ con ocasión del asunto *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States*²⁵⁹.

A partir de entonces, el escrutinio de los magistrados para decidir sobre la constitucionalidad de las medidas federales deberá concluir en el momento en que el Congreso justifique que su intervención tiene como objetivo evitar algún menoscabo al comercio interestatal²⁶⁰. Quizás *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia* perviva en sus elementos formales, pero el control jurisdiccional queda reducido a un mero juicio de racionalidad. Se entiende así que, nuevamente, los Magistrados rechacen comprobar los efectos prácticos de la actividad sobre el comercio interestatal, limitándose a examinar si existe una conexión lógica entre ambos²⁶¹. O que, al cabo de un

²⁵⁷ En este sentido, KRAMER, Larry: <<Putting the politics back into the political safeguards of Federalism>>, en *Columbia Law Review*, Núm. 100, 2000, p. 219. En respuesta a este artículo, la insuficiencia de los mecanismos políticos como garantía suficiente para la protección de la autonomía estatal ha sido denunciada en el trabajo homónimo de BAKER, Lynn: <<Putting the politics back into the political safeguards of Federalism>>, en *Villanova Law Review*, Núm. 46, 2001, p. 972.

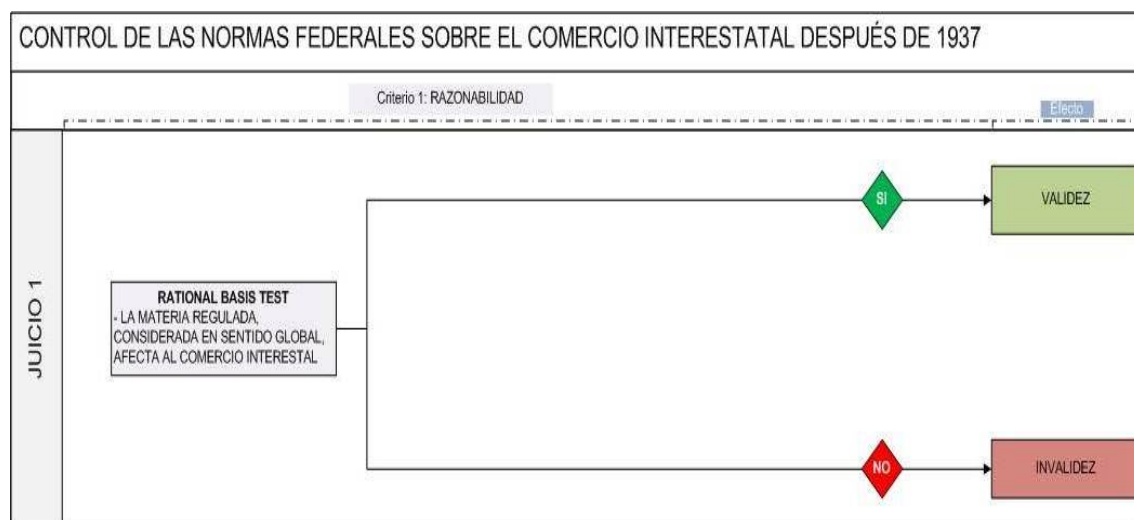
²⁵⁸ *Katzenbach v. United States* (379 U.S. 294): “Por supuesto, el mero hecho de que el Congreso haya dicho cuándo debe considerarse que una actividad concreta afecta al comercio no excluye un análisis posterior por este Tribunal. Pero donde encontramos que los legisladores, a la luz de los hechos y testimonios ante ellos, tienen una base razonable para declarar que un proyecto normativo es necesario para la protección del comercio, nuestra investigación ha concluido.” (379 U.S. 294, 303-304).

²⁵⁹ 379 U.S. 241.

²⁶⁰ Esta función tutelar del nivel central de gobierno, así como la vaguedad del control efectuado en sede constitucional presenta una notable similitud con la posición que nuestro Tribunal Constitucional ha venido manteniendo sobre esta materia. Sobre la misma, *Vid. Infra*. Capítulo IV, Epígrafe 5.

²⁶¹ *United States v. Lopez* (514 U.S. 549): “Estamos de acuerdo con el Gobierno en que normalmente el Congreso no precisa hacer hallazgos formales respecto de las cargas sustanciales que una actividad supone sobre el comercio interestatal” (514 U.S. 549, 562).

breve espacio de tiempo, ni siquiera sea preciso que el Congreso justifique expresamente dicha relación, siendo suficiente con que la misma pudiera inferirse de los trabajos parlamentarios²⁶².



En mi opinión, no resulta exagerado ver en el *rational basis test* la proyección del enfoque propio del juicio sobre la titularidad al ámbito del control basado en el ejercicio. En la confusión de la integridad del espacio económico nacional centro del propio funcionamiento de la economía, el sistema de garantías habría perdido su propia lógica. Desde el mismo momento en que se atribuye al legislador federal la misión de garantizar el buen funcionamiento de la economía nacional no parece lógico que el Tribunal Supremo pierda la capacidad de hacer un control riguroso. Lo que debía suponer un escrutinio esencialmente técnico sobre la circulación interestatal de mercancías pasa a asemejarse a un control de tipo político acerca de las razones que sirven de base a la legislación federal. Por todo lo cual, parece claro que con la consolidación de esta forma de proceder, el poder comercial atribuido al legislador federal durante este período no solo venía caracterizado la extraordinaria amplitud de ámbitos sobre los que se proyectaba, sino también por la ausencia de límites jurisdiccionales efectivos para su ejercicio.

²⁶² En este sentido, *Perez v. United States* (402 U.S. 146), en la que se justificó el uso del poder comercial para intervenir en materia penal –cuestión tradicionalmente incluida dentro del poder de policía de los Estados–, tipificando determinadas prácticas de extorsión crediticia. La decisión del Tribunal Supremo se basa únicamente en un informe presentado durante la tramitación parlamentaria del que resulta que este tipo de actividades “proporcionan al crimen organizado su segunda fuente principal de ingresos, obtienen millones de los bolsillos de la gente, coaccionan a sus víctimas para la comisión de delitos contra la propiedad y causan la toma de control de negocios legítimos por parte de los chantajistas”. (402 U.S. 146, 156).

5.2.2 La posición de los Estados como límite al poder federal

Sea como fuere, la doctrina del *rational basis test* no resultó tan pacífica como puede imaginarse²⁶³. Antes al contrario, su carácter voluble determinó – nuevamente– que su aplicación fuera extraordinariamente sensible a la composición del Tribunal Supremo. Por ello, no puede sorprender que la renuncia al control judicial del poder comercial del Congreso coincida en el tiempo con algunos intentos de fijación de límites basados en la función de los Estados dentro de la estructura federal de poder.

Un primer intento en esta línea se desarrolló durante la década de los setenta, bajo la presidencia del Juez Burger. La permisividad de los años anteriores contrastó con el intento del Alto Tribunal de recuperar la Décima Enmienda como garantía de la posición de los Estados frente a determinadas técnicas federales conocidas como “*commandeering*”.

En *National League of Cities v. Usery*²⁶⁴, el Tribunal Supremo declaró la inconstitucionalidad de una ley federal basada en la cláusula de comercio por primera vez desde la época del *New Deal*. Era el año 1976. En cualquier caso, por más que el hecho resulte llamativo, lo verdaderamente destacable es que el fallo del Tribunal se funda exclusivamente en el modo de proceder del Congreso²⁶⁵: no se discute que la materia puede ser incluida dentro de su poder comercial, pero el modo de hacerlo infringe la Décima Enmienda. En último extremo, la sentencia confirma que la cláusula de comercio positiva permite regular la conducta de los ciudadanos en una materia puramente

²⁶³ Al menos en lo que se refiere a la supresión de las actividades monopolísticas, la ampliación del poder federal trajo consigo un notable grado de conflictividad entre el Tribunal Supremo y los Tribunales de Distrito. En buena parte esta situación se explica por la incertidumbre ocasionada en torno a la apreciación de una relación suficiente entre la actividad estatal y el comercio interestatal, pues la misma dependió en este período de la aplicación – aparentemente indistinta– de dos criterios. De una parte, la teoría “*in commerce*” justificaría la intervención federal para reprimir cualquier práctica anticompetitiva desarrollada dentro de una corriente de comercio interestatal, cualquier que sea el efecto práctico de la misma. Por el contrario, la teoría “*affected interstate commerce*” tiene en cuenta los efectos prácticos – cuantitativos– de una actuación puramente estatal que no forma parte de la corriente de comercio interestatal. Amparándose en esta teoría, los jueces de Distrito se moverán en la línea de limitar el alcance del poder federal, declarando la inaplicabilidad de la Ley Sherman. Sobre esta cuestión, MANN, Richard: <<The affecting Commerce Test...>>, *Ob. Cit.*, p. 854.

²⁶⁴ 426 U.S. 833.

²⁶⁵ En el mismo sentido, BORRAJO INIESTA, Ignacio: *Federalismo y unidad económica...*, *Ob. Cit.*, p. 90.

estatal, pero no es admisible que la Federación haga lo propio con los Estados en cuanto tales²⁶⁶. De lo contrario, la existencia separada e independiente de los mismos quedaría en entredicho y las relaciones entre ambos niveles de gobierno pasarían a ordenarse en términos de jerarquía²⁶⁷. Lo que es tanto como decir que –por más que existan garantías políticas suficientes para asegurar el acceso de los intereses estatales al plano federal– al Congreso no le es dado hacer uso de su poder comercial para convertir la autonomía política constitucionalmente consagrada en otra de tipo administrativo.

En desarrollo de esta línea, los magistrados enunciaron su propósito de analizar las normas federales dirigidas a los Estados en cuanto tales. En concreto, las normas de este tipo serán inconstitucionales cuando²⁶⁸:

- a) Afecten a un atributo propio de la soberanía del Estado y
- b) le impidan desarrollar una política propia en un ámbito de su competencia.

Aunque este primer intento de controlar el ejercicio de las competencias federales fue tempranamente abandonado²⁶⁹, constituye una buena muestra de

²⁶⁶ *National League of Cities v. Usery* (426 U.S. 833): “Una cosa es reconocer la competencia del Congreso para promulgar leyes que regulan los negocios individuales (...). Y otra es admitir un ejercicio similar de la competencia del Congreso dirigido, no a ciudadanos particulares, sino a los Estados como Estados. Hemos reconocido repetidamente que existen atributos de soberanía ligados a cada gobierno estatal que no pueden ser afectados por el Congreso, no porque el Congreso carezca de una atribución expresa de competencia legislativa para alcanzar estos asuntos, sino porque la Constitución le prohíbe ejercer la competencia de esta forma.” (426 U.S. 833, 845).

²⁶⁷ Precisamente esta existencia constituía uno de los tres mecanismos de garantía del federalismo apuntados por Wechsler, junto con la mencionada importancia de los Estados en la composición y funcionamiento del gobierno federal, y la distribución de competencias. WECHSLER, Herbert, <<The political safeguards...>>, *Ob. Cit.*, pp. 543-544.

²⁶⁸ *Hodel v. Virginia Surface Mining and Reclamation Association Inc.* (452 U.S. 264): “Primero, debe existir alguna evidencia de que la norma impugnada regula a los “Estados como Estados” (...) Segundo, la regulación federal debe dirigirse a asuntos que son indiscutiblemente “atributos de la soberanía estatal” (...) Y tercero, debe ser evidente que el cumplimiento del derecho federal por parte de los Estados pudiera impedir directamente a estos su capacidad de “estructurar operaciones integrales en áreas de funciones tradicionalmente estatales”. (452 U.S. 264, 287-288).

²⁶⁹ El juicio construido en *Hodel* no tardó mucho en ser desarmado. En *Equal Employment Opportunity Commission v. Wyoming* (460 U.S. 226), los magistrados vaciaron de contenido el último de los requisitos apuntados en aquella sentencia al rechazar la valoración de los efectos prácticos de la actuación federal. A su juicio: “El examen de tal efecto económico (...) no depende (...) de “valoraciones particulares del impacto actual” que pueden variar de un Estado a otro y de tiempo en tiempo, sino de una averiguación más general, esencialmente legal antes

la existencia de una corriente judicial contraria a un control basado exclusivamente en el funcionamiento del sistema político. El empuje definitivo a la misma se producirá con la llegada de Rehnquist a la Presidencia del Tribunal.

5.3 El nuevo federalismo: el intento de restringir el poder comercial del Congreso

Bajo la dirección de Rehnquist, el Tribunal Supremo iniciará una línea jurisprudencial orientada a la recuperación de la posición de los Estados en la fórmula federal. Enraizado en el denominado “nuevo federalismo”²⁷⁰, este enfoque jurisprudencial se desarrolló a través de dos estrategias complementarias: la fiscalización del ejercicio del poder comercial; y el alcance material del mismo.

En primer lugar, el modo de ejercicio del poder federal derivado de la cláusula de comercio encontrará nuevamente límites constitucionales sustantivos en la Décima Enmienda. Bajo esta nueva línea, la Federación tendrá vedado cualquier intento de articular sus relaciones con los Estados en los términos propios de la jerarquía²⁷¹, pues el “*commandeering*” resulta

que fáctica, del efecto directo y evidente de la legislación federal en la capacidad de los Estados para asignar sus recursos.” (460 U.S. 226, 240).

En cualquier caso, la prohibición –provisional– del “*commandeering*” llegaría en *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (469 U.S. 528): “(...) en *National League of Cities* el Tribunal trató de reparar lo que no necesita reparación. No derogamos el reciente precedente a la ligera. No hemos dudado, sin embargo, cuando resulta evidente que la decisión previa se alejó del adecuado entendimiento del poder congresual bajo la Cláusula de Comercio. (...) *National League of Cities v. Usery* es derogada” (469 U.S. 528, 556-557).

²⁷⁰ Bajo este nombre se conoce la línea ideológica favorable a la devolución de ciertos poderes federales al nivel estatal de gobierno. Sobre la misma, CINLAN, Timothy: *From New Federalism to Devolution: Twenty-five years of Intergovernmental Reform*, Brookings Institution Press, Washington, 1998.

²⁷¹ *New York v. United States* (505 U.S. 144): “Los Estados no son meras subdivisiones políticas de los Estados Unidos. Los Gobiernos estatales no son despachos regionales ni agencias administrativas del Gobierno Federal. Las posiciones ocupadas por los funcionarios estatales no aparecen en ninguna parte del más detallado diagrama del Gobierno Federal. En su lugar, la Constitución “deja a los Estados una soberanía residual e inviolable” (...) reservada explícitamente a los Estados por la Décima Enmienda. Cualesquiera que se sean los límites externos que puede haber en tal soberanía, una cosa está clara: el Gobierno Federal no puede obligar a los Estados a promulgar o administrar un programa regulatorio federal.” (505 U.S. 144, 188).

“fundamentalmente incompatible con nuestro sistema constitucional de soberanía dual”²⁷².

Con todo, la reacción de los magistrados frente a la deferencia mantenida durante décadas con respecto al Congreso se ha identificado de manera más evidente con los intentos de volver a una lectura estricta del “comercio interestatal” como un ámbito material referido exclusivamente al tráfico interestatal de bienes. Sesenta años después del cambio operado en 1937, el Tribunal Supremo volvió la vista al reparto competencial entre la Federación y los Estados y negó que el poder comercial del Congreso pueda alcanzar a cualquier actividad económica. La celeberrima *United States v. Lopez*²⁷³, consideró que la cláusula de comercio positiva no constituía un título suficiente para promulgar una ley penal que tipificaba la tenencia de armas de fuego en zonas escolares. Poco tiempo después, en *United States v. Morrison*²⁷⁴, los magistrados descartaron la invocación del mismo título para fijar una indemnización civil a favor de las víctimas de violencia de género.

Desde el punto de vista formal, estos pronunciamientos supusieron un rechazo a la extraordinaria generosidad con que se había venido interpretando la cláusula de comercio. En lugar de aplicar de manera automática el *rational basis test*, los magistrados decidieron plantearse con carácter previo si la actividad regulada tenía cabida dentro del sentido propio de la expresión

²⁷² *Printz v. United States* (521 U.S. 898, 935). En concreto, la prohibición de que el Congreso fije directrices sobre el modo en que los Estados deben desempeñar su actividad legislativa para hacerla compatible con los intereses federales –“*commandeering* legislativo”– fue establecida en *New York v. United States* (505 U.S. 144). En la misma, la advertencia federal de que los Estados que no regulasen el almacenaje de residuos radiactivos de baja intensidad conforme a las directrices del Congreso habrían de hacerse cargo de los mismos tuvo como resultado la anulación de la Ley federal porque: “requisa los procesos legislativos de los Estados, obligándolos directamente a promulgar y ejecutar un programa normativo federal” (...) un resultado que nunca ha sido entendido que se encuentre dentro del poder conferido al Congreso por la Constitución.” (505 U.S. 144, 176).

Por su parte, el empleo de los recursos y medios personales estatales –“*commandeering* ejecutivo”– resultó vedado en *Printz v. United States* (521 U.S. 898). En este asunto, los magistrados resolvieron la inconstitucionalidad de una norma federal que obligaba a que determinados funcionarios estatales y locales comprobasen los antecedentes personales de los solicitantes de un arma de fuego. Rechazando el alegato federal de que tal imposición no afecta a la capacidad legislativa de los Estados, el Alto Tribunal concluye que “El Gobierno Federal no puede dar directivas requiriendo a los Estados que traten determinados problemas, ni disponer de los funcionarios estatales, ni de aquellos de sus subdivisiones políticas, para administrar o aplicar un programa normativo federal.” (521 U.S. 898, 935).

²⁷³ 514 U.S. 549.

²⁷⁴ 529 U.S. 598.

“comercio interestatal” o, al menos, aquélla afectaba sustancialmente a éste²⁷⁵. A la postre, el posicionamiento del Tribunal Supremo trata de poner fin a los excesos derivados de la interrelación entre las doctrinas del efecto acumulativo y el *rational basis test*²⁷⁶. Y lo hace mediante la previsión de distintas intensidades en el control ligadas al alcance y naturaleza de la materia regulada. Bajo los nuevos parámetros, el poder comercial del Congreso no permite regular las actividades económicas intraestatales, salvo en contadas excepciones.

- a) El comercio interestatal, sus canales e instrumentos conforman el núcleo duro de la competencia federal derivada de la cláusula de comercio, por lo que las actuaciones sobre cualquiera de estos elementos resultan siempre válidas.
- b) Las actividades económicas desarrolladas íntegramente dentro de un Estado quedarán bajo el alcance de la competencia federal cuando se acredite la existencia de una relación sustancial entre aquéllas y el funcionamiento de la economía nacional²⁷⁷. A estos efectos, el *rational basis test* seguirá aplicándose de manera plena, por lo que resultará

²⁷⁵ *United States v. Lopez* (514 U.S. 549): “La Cláusula de Comercio alcanza, por lo general, tres categorías de problemas. Primero, el uso de los canales de comercio interestatal (...). Segundo, el Congreso tiene competencia para regular y proteger los instrumentos del comercio interestatal (...) o las personas o bienes dentro del comercio (...). Tercero, los poderes del Congreso en relación con el comercio incluyen la capacidad de regular aquellas actividades que tienen una relación sustancial con el comercio interestatal (...) o (...), que afectan sustancialmente al mismo. (...) las dos primeras categorías de actividades antes descritas no merecen ahora nuestra atención. (...) si (el texto legal) debe ser admitido constitucionalmente, debe serlo conforme a la tercera categoría, es decir, como una reglamentación de una actividad que afecte sustancialmente al comercio interestatal” (514 U.S. 549, 540).

²⁷⁶ En opinión de Rotunda “No es correcto concluir (...) que el actual Tribunal es deferencial con los Estados. (...) El Tribunal ha demostrado (...) que cuando se trata de proteger libertades civiles está dispuesto a derogar el derecho estatal para alcanzar la meta.” ROTUNDA, Ronald: <<The Commerce Clause...>>, *Ob. Cit.*, p. 332-333. Entre la doctrina española, Rey Martínez ha identificado *Lopez* como una sentencia transaccional que trata de paliar los excesos de la tendencia centralizadora norteamericana sin retornar a una estricta concepción sustancial de federalismo. Se trataría, por tanto, de “un *mensaje*, enviado por el Tribunal Supremo al Congreso, anunciando un nuevo papel del Tribunal, más activo, en el examen de la legislación federal que afecte al poder del comercio”. REY MARTÍNEZ, Fernando: <<United States v. Lopez...>>, *Ob. Cit.*, p. 315.

²⁷⁷ *United States v. Lopez* (514 U.S. 549): “Hemos validado una amplia variedad de leyes del Congreso regulando actividades económicas intraestatales cuando hemos concluido que la actividad afectaba sustancialmente al comercio interestatal. (...) Donde la actividad económica afecta sustancialmente al comercio interestatal, la legislación que regula tal actividad será mantenida.” (514 U.S. 549, 559-560).

suficiente con que el Congreso tenga indicios de la existencia de la referida relación, incluso mediante la aplicación de la doctrina del efecto acumulativo.

- c) Cuando se trate de extender la cláusula de comercio a una materia intraestatal que no sea de naturaleza económica, el Tribunal Supremo requerirá una mayor motivación²⁷⁸. En este supuesto, la actuación federal sólo será admisible cuando constituya “una parte esencial de una regulación más amplia de la actividad económica, en cuyo caso el esquema regulatorio podría ser socavado a menos que la actividad intraestatal fuese regulada”²⁷⁹. Lo que es tanto como decir que el Congreso ya no podrá acumular diversas actividades no económicas para concluir la existencia de una relación sustancial con el comercio interestatal que justifique su intervención²⁸⁰.

El cambio en jurisprudencial operado en *López y Morrison* fue objeto de una notable controversia²⁸¹, por cuanto suponía un paso al frente por parte del

²⁷⁸ *United States v. Morrison* (529 U.S. 598): “Pero la existencia de hallazgos por parte del Congreso no es suficiente, por si misma, para mantener la constitucionalidad de la legislación dictada en base a la Cláusula de Comercio” (529 U.S. 598, 614).

²⁷⁹ 514 U.S. 549, 561. Complementariamente a esta excepción, el Tribunal parece favorable al reconocimiento de la validez de una norma federal sobre una actividad intraestatal de carácter distinto al económico cuando la misma contenga “un elemento jurisdiccional que pueda asegurar, a través de una investigación realizada caso por caso, que (la actividad regulada) en cuestión afecta al comercio interestatal”. (514 U.S. 549, 561). Se trata, no obstante, de una posibilidad secundaria que no ha sido objeto de un desarrollo ulterior por parte del Tribunal.

²⁸⁰ ROTUNDA, Ronald D.: <<The Commerce Clause, the political question doctrine and Morrison>>, en *Constitutional commentary*, Núm. 18, 2001, p. 320.

²⁸¹ Para algunos autores, el razonamiento desarrollado en *Lopez y Morrison* supone derogar la doctrina desarrollada desde el *New Deal*, cuando no “redibujar el mapa constitucional como lo hemos conocido”. Respectivamente, JENNINGS, Marianne, y RAZOOK, Nim: <<United States v. Morrison: Where the Commerce Clause Meets Civil Rights and Reasonable Minds Part Ways: A Point and Counterpoint from a Constitutional and Social Perspective>>, en *New England Law Review*, Vol. 35, 2000-2001, p. 32; y BALKIN, Jack M., y LEVINSON, Sanford: <<Understanding the Constitutional Revolution>>, en *Virginia Law Review*, Vol. 87, 2001, p. 1053. Dentro de nuestra doctrina, los profesores Ballbé y Martínez Quirante han valorado *United States v. López* como un abandono de una concepción procedimental del federalismo en favor de la doctrina de la soberanía dual. BALLBÉ, Manuel y MARTÍNEZ QUIRANTE, Roser: *Soberanía dual...*, *Ob. Cit.*, p. 69.

En sentido contrario, no ha faltado quien ha desdramatizado la decisión del Tribunal Supremo, interpretándola como un reforzamiento de los poderes estatales sin que ello redunde en un debilitamiento del poder federal sobre la economía. WERHAN, Keith: <<Checking Congress and Balancing Federalism: A Lesson from Separation-of-Powers Jurisprudence>>, en *Washington & Lee Law Review*, Vol. 57, 2000, p. 1270; ROTUNDA, Ronald: <<The Commerce Clause...>>, *Ob. Cit.*, p. 332-333. Y nuevamente entre la doctrina española, Rey Martínez ha identificado *Lopez* como una sentencia transaccional que trata de paliar los excesos de la

Tribunal Supremo para garantizar el equilibrio entre ambas instancias de gobierno en sede jurisdiccional. En cualquier caso, el intento de limitar el poder comercial del Congreso sería finalmente desactivado en *Gonzales v. Raich*²⁸². Con el Juez Presidente en minoría, el Alto Tribunal adoptaría un concepto amplísimo de lo que constituye una actividad económica: producción, comercialización y consumo de bienes para los que existe un mercado²⁸³. Bajo estos parámetros no se hizo necesario derogar el enfoque de *Lopez y Morrison*²⁸⁴ para desarticular las distintas intensidades en el control de la competencia federal.

A día de hoy, la lectura efectuada en *Gonzales v. Raich* mantiene su vigencia, por lo que cualquier sector de la realidad vuelve a quedar incluido bajo en la cláusula de comercio positiva a tenor del “*rational basis test*”²⁸⁵. Las garantías jurisdiccionales son, una vez más, desplazadas por las garantías políticas del federalismo²⁸⁶.

tendencia centralizadora norteamericana sin retornar a una estricta concepción sustancial de federalismo. Se trataría, por tanto, de “un *mensaje*, enviado por el Tribunal Supremo al Congreso, anunciando un nuevo papel del Tribunal, más activo, en el examen de la legislación federal que afecte al poder del comercio”. REY MARTÍNEZ, Fernando: <<United States v. Lopez...>>, *Ob. Cit.*, p. 315.

²⁸² 545 U.S. 1, 2005. El objeto del litigio lo constituía la aplicabilidad de la ley federal antidrogas a los supuestos de posesión intraestatal de marihuana con fines terapéuticos por parte de sujetos específicamente autorizados por las autoridades sanitarias estatales. A diferencia de lo acontecido en *Lopez y Morrison*, el Tribunal apreció que la actividad regulada por el Congreso era de naturaleza económica, validando la aplicación de la normativa federal porque “el Congreso pudo haber concluido racionalmente que el impacto acumulado que sobre el mercado nacional ejercen todas las transacciones exceptuadas de la supervisión federal es, indudablemente, sustancial” (545 U.S. 1, 30).

²⁸³ *Gonzales v. Raich* (545 U.S. 1): “A diferencia de los asuntos en *Lopez y Morrison*, las actividades reguladas (por la ley cuya aplicación se discute) son por excelencia económicas. “*Economía*” se refiere a “la producción, distribución y consumo de bienes”. Tercer Diccionario Internacional Webster (1966). La norma (cuya aplicación se impugna) es una ley que regula la producción, distribución y consumo de bienes para los que hay un mercado interestatal establecido y lucrativo. Prohibir la posesión o manufactura intraestatal de un artículo de comercio es un medio racional (y comúnmente empleado) de regular el comercio de tal artículo.” (545 U.S. 1, 22-23). *Cursiva añadida*.

²⁸⁴ PURSHAW, Robert: <<The medical marijuana case: a Commerce Clause counter-revolution?>>, en *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 9, 2005, p. 879-914.

²⁸⁵ En este sentido, el voto particular del Juez Presidente Rehnquist en *Gonzales v. Raich*: “El Tribunal emplea una definición de diccionario de “Economía” para evitar el problema real de dibujar una línea significativa entre “lo que es nacional y lo que es local” (...) Dibujar la línea donde la actividad privada afecte a la demanda de bienes de mercado es no dibujar totalmente una línea, y declarar todo como económico. Ya hemos rechazado el resultado que podría seguirse: un poder federal de policía.” (545 U.S. 1, 49-50).

²⁸⁶ ADLER, Jonathan: <<Is Morrison dead? Assessing a Supreme Drug (Law) overdose>>, en *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 9, 2005, p. 763.

5.4 Panorámica: las consecuencias del enfoque competencial

La crisis constitucional de 1937 trajo consigo una auténtica redefinición del modo de entender la forma territorial del poder en Estados Unidos. Bajo el nuevo enfoque, la Federación abandona su posición como observador pasivo de la marcha de la economía y ocupa su rol como garante del progreso del país. Se hizo preciso, pues, cambiar la lectura que hasta ese momento se había realizado de la cláusula de comercio.

La consecuencia inmediata fue la configuración de la cláusula de comercio positiva como un título omnicomprendivo para la regulación del funcionamiento de la economía nacional. Si la etapa previa vino marcada por la diferenciación por materias de los poderes federal y estatal, ahora no existe ningún ámbito de interés –directo o indirecto– para la marcha de la economía nacional que escape al alcance del poder comercial del Congreso.

A pesar de los intentos del Tribunal Supremo por perfilar algunos límites sustantivos a esta potestad regulatoria, lo cierto es que en el actual modelo norteamericano la regulación del modo de ejercicio de las actividades económicas descansa en garantías políticas antes que jurisdiccionales. Así las cosas, la autonomía de los Estados para la toma de decisiones no encuentra su cauce principal de protección en el recurso al Tribunal Supremo, sino en las instituciones y dinámicas propias del funcionamiento de la Federación. El poder transversal del Congreso no merma excesivamente la competencia estatal por la sencilla razón de que el sistema constitucional estadounidense asegura a los intereses locales una representación suficiente en el discurso político federal. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, el escenario descrito en las páginas anteriores ha dado lugar a un notable desarrollo de la doctrina de la *pre-emption*., como técnica para articular unas relaciones entre la Federación y los Estados que se ordenan en términos de concurrencia.

Pero el *New Deal* marcará también la aparición de un control jurisdiccional que habrá de complementar el escrutinio basado exclusivamente en la titularidad. La situación de concurrencia descrita a lo largo de las páginas anteriores terminará por conferir una identidad y finalidad propia a la cláusula

de comercio latente, suficiente por sí misma para las medidas lesivas para la libre circulación que se deriven de las actuaciones estatales. A este *juicio de unidad* en sentido propio se dedicará el siguiente epígrafe.

6. El control basado en el ejercicio de la competencia: el *juicio de unidad*

Se acaba de apuntar cómo la crisis constitucional de 1937 confirió un significado propio a la cláusula de comercio latente. En efecto, mientras la vertiente competencial se orientará a identificar el nivel de gobierno competente para regular el funcionamiento del espacio económico nacional, la cláusula de comercio latente adquirirá autonomía procesal para fiscalizar el modo en que los Estados hacen uso de sus competencias. Su objetivo no es definir cómo funciona dicho espacio, sino asegurar que las normas estatales no ponen en riesgo su integridad.

Sobre esta base, el Tribunal Supremo irá paulatinamente separándose del enfoque puramente competencial previsto en *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia*²⁸⁷. Lo relevante para decidir sobre la constitucionalidad de las normas estatales ya no será el hecho de que la materia requiera o no una regulación uniforme. Este criterio podrá orientar la lectura sobre el alcance de la competencia económica atribuida al legislador federal, pero resulta demasiado elusivo, por lo que hubo de ser abandonado por el más sencillo de la obstaculización del tráfico interestatal de mercancías. A partir de *Southern Pacific Company v. Arizona*²⁸⁸ –dictada en 1945– la cláusula de comercio

²⁸⁷ Lo que era tanto como decir que la cláusula de comercio latente impedía la invasión de la esfera competencial del Congreso. *Vid. Supra.*, Epígrafe 4.

²⁸⁸ 325 U.S. 761. El control basado en los efectos obstaculizadores de la norma había sido defendido anteriormente por el Juez Stone en su celeberrimo voto particular a *Di Santo v. Pennsylvania* (273 U.S. 34): “(...) el poder de los Estados para regular el comercio dentro de ciertos límites supone reconocer que existen materias de interés local que pueden estar sujetas a regulación estatal (...). En tanto que no impida el libre flujo comercial, dicha regulación debe ser (...) permitida” (273 U.S. 34, 44).

Esta opinión ha sido señalada como origen de la interpretación actual de la cláusula de comercio negativo –y, por ende, del *juicio de unidad*– por un número importante de autores. Por todos, BLASI, Vincent: <<Constitutional Limitations on the Power of States to Regulate the Movement of Goods in Interstate Commerce>>, en SANDALOW, Terence y STEIN, Eric, *Courts and Free Markets*, Vol. I, Clarendon Press, Oxford, p. 185.

latente adquiriera significación propia como parámetro suficiente para evaluar las actuaciones estatales en los casos en que no se discute la competencia²⁸⁹.

El mérito de la doctrina jurisprudencial de este período radica, por tanto, en evidenciar que las actuaciones públicas pueden ser declaradas inválidas tanto por haber sido realizadas por un órgano incompetente –control basado en el titularidad–, como porque lesionan por sí mismas un precepto constitucional –control basado en el ejercicio–²⁹⁰, en este caso, la cláusula de comercio latente. El control basado en la titularidad de la competencia y el propio del *juicio de unidad* en sentido estricto²⁹¹ conforman garantías complementarias y de aplicación subsiguiente.

6.1 El *juicio de unidad*: la noción de obstáculo

El juicio desarrollado por el Tribunal Supremo gira en torno a la prohibición de que los Estados adopten medidas que puedan poner en riesgo la integridad del espacio económico a nivel federal. Lo que es tanto como decir que la noción que se maneje acerca de lo que constituye un “obstáculo” determinará el sentido y utilidad de la cláusula de comercio latente²⁹². El primer problema que surge al tratar de perfilar un control normativo como el propuesto está en la identificación de las medidas sobre la que puede proyectarse.

Al pensar en la noción de obstáculo, es inevitable que venga a la mente la prohibición de medidas proteccionistas. Fueron precisamente éstas las que justificaron la aparición misma de la cláusula de comercio a tenor de la incapacidad de la Confederación para combatirlas, y no hay duda de que las

²⁸⁹ En ese sentido, *Milk Control Board of Pennsylvania v. Eisenberg Farm Products* (306 U.S. 346): “Los Estados Unidos no podrían existir como nación si cada uno de ellos tuviera el poder de prohibir las importaciones de otro Estado, de impedir el derechos de los ciudadanos a transportar sus bienes a nivel interestatal, o de discriminar a los Estados impidiendo la importación de los bienes producidos allí. El reconocimiento del poder comercial del Congreso implica necesariamente la subordinación de los Estados al mismo.”

Con este pronunciamiento los magistrados ponían fin a la indeterminación del Tribunal Supremo acerca de los límites estatales derivados de la cláusula de comercio. Un repaso a este debate puede verse en DE LA QUADRA SALCEDO-JANINI, Tomás: *Unión económica...*, Ob. Cit., pp. 160 y ss.

²⁹⁰ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, Ob. Cit., p. 156.

²⁹¹ Vid. *Supra.*, Capítulo I, Epígrafe 2.2 y 2.3.

²⁹² COLLINS, Richard: <<Justice Scalia and the elusive idea of discrimination against interstate commerce>>, en *New Mexico Law Review*, Vol. 20, p. 559.

medidas proteccionistas constituyen la quintaesencia de los obstáculos al comercio interestatal.

Sin embargo, un *juicio de unidad* que se limitase únicamente en la identificación y eliminación de este tipo de conductas resultaría manifiestamente estéril. En sentido estricto, una medida sólo puede calificarse como proteccionista cuando tiene un propósito claro de mejorar la posición competitiva de los operadores económicos locales, a costa de la propia de los foráneos²⁹³. En apenas unas líneas hemos excluido del control jurisdiccional basado en la cláusula de comercio latente las siguientes conductas²⁹⁴:

- a) Las que pretenden mejorar la posición competitiva de los operadores locales, pero no lo consiguen.
- b) Las que mejoran la posición de tales operadores, pero a costa de un grupo ocupado en otra actividad, como pudieran ser los productores con respecto a los distribuidores, o a los consumidores.
- c) Las que ocasionan una mejora de la posición competitiva sin pretenderlo, al tratar de conseguir un interés legítimo.

A efectos del trabajo, el más relevante de estos grupos es, sin lugar a dudas, el último, pues pone de manifiesto lo limitado de un control centrado únicamente en la prohibición de las medidas proteccionistas. En efecto, frente a la intención –y el éxito– de la actuación que parecen centrar el análisis de los dos primeros supuestos, admitir que los obstáculos a la libre circulación pueden obedecer a efectos indeseados e imprevistos de la decisión pone el acento en

²⁹³ REGAN, Donald: <<The Supreme Court and the State Protectionism: Making sense of the dormant commerce clause>>, en *Michigan Law Review*, Vol. 84, pp. 1094 y ss. Aunque carece de relevancia para este trabajo, debe indicarse que el autor refiere un elemento adicional dentro de su definición: el empleo de alguna de las técnicas tradicionales de proteccionismo, tales como los impuestos o la previsión de cuotas.

²⁹⁴ Quedan fuera de la enumeración una última conducta obstaculizadora de la libre circulación que, sin embargo, no presenta los rasgos propios de las medidas proteccionistas: las regulaciones que benefician a un grupo concreto de operadores económicos cuando tanto éstos como sus competidores se encuentran ubicados en el mismo Estado. En este caso, el problema de fondo no guarda relación directa con la integridad del espacio económico nacional, sino con los derechos económicos de los particulares afectados –en concreto, con lo que en nuestro ordenamiento cabría considerar “libertad de empresa”–. El control de este tipo de situaciones habrá de realizarse, por tanto, desde la perspectiva propia de la Cláusula del debido proceso y no de la integridad del espacio económica nacional que aquí interesa. *Vid. Supra.*, Nota 171.

el problema de fondo: la existencia de una relación de competencia entre el régimen jurídico general aplicable en el país y el propio –más específico y beneficioso– derivado de la intervención estatal. Supone reconocer, en fin, la existencia de una discriminación por razón del origen geográfico.

Si lo anterior es correcto, va de suyo que la noción de obstáculo en que se funda el *juicio de unidad* debe tener un ámbito de aplicación mayor. La prohibición del proteccionismo puede ser el núcleo duro de este control, pero ante lo improbable de que el legislador manifieste abiertamente su voluntad de beneficiar a los operadores locales a costa de los foráneos, el concepto de “obstáculo a la libre circulación” habrá de permitir dar cabida a otro tipo de conductas igualmente lesivas para la integridad del espacio económico por sus efectos prácticos.

De acuerdo con este extremo, la jurisprudencia subsiguiente a la crisis constitucional de 1937 abandonó aquél enfoque puramente finalista, optando, en su lugar, por definir, una noción amplia de “obstáculo” que reúne *todas las medidas que sitúen a los operadores foráneos en una posición más gravosa que la propia de sus equivalentes estatales*²⁹⁵, *cualquiera que sea el motivo que ha dado origen a la actuación*²⁹⁶. La mera presencia de este efecto conlleva, por así decirlo, una amenaza de discriminación que justifica su revisión en sede jurisdiccional.

Con el tiempo, esta concepción amplia de lo que constituye un “obstáculo al comercio interestatal” servirá de base para justificar que el *juicio de unidad* pueda conocer dos niveles distintos de intensidad en atención al tipo

²⁹⁵ *Oregon Waste Systems, Inc. v. Department of Environmental Quality of Oregon* (511 U.S. 93): Al analizar una ley que imponía un recargo tres veces superior a los operadores foráneos el Tribunal Supremo señaló que “(Hablar de medidas discriminatorias) (...) simplemente significa que existe un tratamiento diferente entre los intereses económicos estatales y los propios de fuera del Estado que beneficia a los primeros y perjudica a los segundos” (511 U.S. 93, 99).

²⁹⁶ El carácter irrelevante de la motivación del legislador estatal se deduce sin grandes dificultades de *H. P. Hood & Sons Inc. v. Du Mond* (336 U.S. 525): “(...) los Estados no son unidades económicas separadas. (...) la interdependencia de los Estados únicamente pone el énfasis en la necesidad de proteger el tráfico interestatal de mercancías contra los obstáculos y restricciones locales” (336 U.S. 525, 538).

de actuación enjuiciada²⁹⁷. En efecto, cuanto mayor sea la proximidad de dicha medida a las prácticas que pueden calificarse como proteccionistas, más difícil será su validación. Por el contrario, las normas que provocan ese efecto diferenciador sin pretenderlo podrán ser consideradas constitucionales con mayor facilidad. Y ello aunque las consecuencias para el comercio interestatal sean semejantes²⁹⁸. El control jurisdiccional derivado de la cláusula de comercio latente distingue así entre “medidas que discriminan contra el comercio interestatal”; y “medidas que lo obstaculizan”²⁹⁹:

- a) Bajo la primera etiqueta se sitúan las regulaciones estatales que impongan expresamente a los operadores foráneos un régimen jurídico desfavorable respecto del general aplicable a los estatales³⁰⁰. Por su proximidad a las técnicas propias del proteccionismo, este núcleo duro de conductas prohibidas queda sujeto a un control muy intenso, de manera que solo excepcionalmente serán consideradas constitucionales.

²⁹⁷ En este sentido, *Pike v. Church* (397 U.S. 137): “Aunque los criterios para determinar la validez de las normas estatales que afectan al comercio interestatal han sido establecidos de manera diversa, la regla general puede resumirse en la siguiente: Si se encuentra un interés local legítimo, la cuestión pasa a ser de grado. Y el extremo hasta el que dicho obstáculo resulta admisible dependerá, por supuesto, de la naturaleza del interés invocado y de si puede ser conseguido con un menor impacto sobre las actividades interestatales. Ocasionalmente, el Tribunal ha utilizado la ponderación de intereses para resolver estos asuntos, peor, con mayor frecuencia, se ha referido a “efectos directos o indirectos” u obstáculos”. (397 U.S. 137, 142)

²⁹⁸ La diferencia de trato se debe, por tanto, a la finalidad claramente desordenada de las medidas proteccionistas. De la adopción de éstas únicamente cabe esperar una respuesta similar por parte de los Estados afectados, con los consiguientes riesgos para el desarrollo económico del país. *H. P. Hood & Sons v. Du Mond* (336 U.S. 525): “Solo necesitamos considerar las consecuencias que se derivarían de que los pocos Estados que producen cobre, plomo, mineral de hierro de alta calidad, leña, algodón, petróleo o gas decretase que las empresas situadas en su territorio tienen prioridad. ¡Qué increíbles rivalidades y represalias resultarían de tales prácticas!” (336 U.S. 525, 538-539).

²⁹⁹ *City of Philadelphia v. New Jersey* (437 U.S. 617): “La pregunta fundamental, por tanto, debe dirigirse a determinar cuándo (la norma) es una medida esencialmente proteccionista, o cuándo puede considerarse en justicia que se trata de una ley que intereses locales legítimos, cuyos efectos sobre el comercio interestatal son meramente incidentales” (437 U.S. 617, 624).

³⁰⁰ En *Baldwin v. G. A. F. Seelig, Inc.* (294 U.S. 511) el Tribunal Supremo señaló que lo propio de un obstáculo al comercio interestatal es “suprimir o mitigar las consecuencias de la competencia entre los Estados” o erigir “una barrera económica contra la competencia con (...) otro Estado o (...) sus residentes” (294 U.S. 511, 527). La definición terminaría de ser perfilada en *South Carolina Highway Department v. Barnwell Brothers* (303 U.S. 177), de tal modo que debe entenderse que la cláusula de comercio latente prohíbe las medidas que “obtienen para los (operadores) situados dentro del Estado una ventaja a expensas de aquéllos que están fuera” al constituir “medios de obtener un beneficio local mediante la imposición de obstáculos acomodados a los (operadores) situados fuera del Estado” (303 U.S. 177, 184).

b) Por su parte, el segundo grupo recoge las normas estatales indistintamente aplicables cuya aplicación revela efectos prácticos distintos y más perjudiciales para las empresas de fuera del Estado³⁰¹. En estos supuestos, resulta propio hablar de “*actuaciones obstaculizadoras*”, cuya convalidación acontecerá con mayor frecuencia por cuanto persiguen un interés legítimo.

Por tanto, la aplicación del *juicio de unidad* desarrollado por el Tribunal Supremo norteamericano comienza con la elección del tipo de escrutinio que se seguirá, esto es, con la inclusión de la medida enjuiciada en alguna de las categorías apuntadas³⁰². Con todo, este primer paso dista de resultar tan sencillo como aparenta. En tanto que el salto de uno a otro grupo es una cuestión de grado³⁰³, resultaba inevitable que surgiera una –tercera– categoría intermedia a mitad de camino entre las anteriores. En efecto, no han faltado casos en los que el Tribunal Supremo ha considerado que los efectos provocados por la medida resultan de tal importancia que justifican la aplicación del juicio más riguroso, aun cuando la norma se aplique de manera indistinta³⁰⁴. Son las llamadas “*discriminaciones materiales*”.

³⁰¹ En la citada *Baldwin v. G. A. F. Seelig, Inc.* (294 U.S. 511) se anuló una ley estatal que prohibía la venta de leche dentro del Estado a menos que se hubiera comprado a los productores a un precio mínimo predeterminado. Aunque la ley no distingue entre vendedores estatales o foráneos, es evidente que perjudica a los segundos, que se ven privados de la posibilidad de compensar los gastos derivados del transporte interestatal del bien.

³⁰² Lejos de resultar baladí, este paso inicial se ha mostrado decisivo, pues solo existe un precedente de una medida discriminatoria que haya superado el control estricto fijado por el Tribunal Supremo. Ocurrió en *Maine v. Taylor* (477 U.S. 131), en la que los magistrados consideraron que la prohibición estatal de importación de peces vivos para su utilización como cebo constituía la opción menos discriminatoria para proteger a las especies locales de los parásitos procedentes de otras no nativas.

³⁰³ *Vid. Supra.*, Nota 299. También, SMITH, Michael: <<State Discrimination...>>, *Ob. Cit.*, p. 1205.

³⁰⁴ Puede verse un ejemplo en *Brown-Forman Distillers v. New York Liquor Authority* (476 U.S. 573). El Tribunal debía analizar una ley estatal que obligaba a los proveedores de bebidas alcohólicas a acordar un precio mensual de venta para los mayoristas de ese Estado, sin que el mismo pudiera ser superior al exigido por el mismo proveedor a los mayoristas de otros Estados. Aunque la norma se aplicaba de manera indistinta a los proveedores estatales y foráneos, el demandante consideró que situaba en peor posición a los foráneos, puesto que les impedía ofrecer promociones a los clientes ubicados en otros Estados. La ley sería finalmente anulada, pero el Tribunal Supremo hubo de reconocer que: “no hay una línea clara entre la categoría de las regulaciones estatales virtualmente inválidas por *per se* por vulnerar la cláusula de comercio y la categoría de las que deben analizarse de acuerdo con la ponderación de intereses (nacionales y locales) fijada en *Pike v. Bruce Church*” (476 U.S. 579).

Antes de comenzar a exponer los dos grados de fiscalización apuntados, conviene recuperar aquí la precisión con que se inició el capítulo: el estudio realizado sobre el juicio norteamericano de unidad únicamente pretendía dar idea de las dificultades inherentes al mismo a través de la narración histórica de la conformación del primer control de este tipo. Por tanto, me limitaré ahora únicamente a señalar cuáles son los criterios manejados por el Tribunal Supremo a la hora de fiscalizar las medidas estatales susceptibles de fragmentar el espacio económico nacional.

Ciertamente, la extensión de los puntos que siguen difiere notablemente del tratamiento que los criterios integrantes del juicio de unidad en la Unión Europea y España. Sin embargo, creo preferible no aumentar la complejidad de la exposición. En tales casos era inevitable profundizar en el análisis, pues el estudio trata de justificar la necesaria imbricación de ambas esferas de control. No ocurre así con el caso estadounidense. Dada la diferente cultura jurídica en que éste se desenvuelve, creo que su estudio detallado no habría logrado sino aumentar la complejidad del texto³⁰⁵.

6.2 El control estricto: medidas discriminatorias

Como se vio, la apreciación por parte del Tribunal Supremo de que una medida estatal constituye una discriminación expresa lleva aparejado un control especialmente riguroso³⁰⁶. Dado el carácter reforzado del escrutinio, la iniciativa de su aplicación no corresponde a los propios magistrados, sino que requerirá una previa labor probatoria de la discriminación por parte del denunciante³⁰⁷. Queda así expedita la posibilidad de utilizar el control estricto a las referidas “discriminaciones materiales”, especialmente intensas en sus efectos pese a su carácter aparentemente indistinto.

³⁰⁵ En todo caso, un estudio minucioso del juicio de unidad en los Estados Unidos de América puede verse en DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad Económica y descentralización...*, Ob. Cit., pp. 152 y ss.

³⁰⁶ El mismo control es empleado para la fiscalización de las medidas estatales extraterritoriales, esto es, aquéllas que proyectan sus efectos sobre actuaciones desarrolladas fuera de los límites del Estado. *Healy v. Beer Institute, Inc.* (491 U.S. 324, 336).

³⁰⁷ *Hughes v. Oklahoma* (441 U.S. 322, 336).

Sea como fuere, el control de las “medidas que discriminan contra el comercio interestatal” parte de la presunción de la invalidez de la conducta³⁰⁸. Será responsabilidad del Estado denunciado demostrar la licitud de la misma³⁰⁹ mediante la superación de un juicio clásico de proporcionalidad desarrollado en tres estadios: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido propio³¹⁰. Por consiguiente, el primer paso que habrá de realizar el Estado demandado consiste en la justificación de la necesidad de la medida a resultas de la existencia de un interés legítimo suficiente. Superado este primer escrutinio, habrá de valorarse la adecuación de la medida enjuiciada para el logro del fin pretendido. Finalmente, restaría investigar la existencia de alternativas que permitiesen alcanzar el mismo fin sin tales resultados discriminatorios³¹¹, si bien este último paso resulta discutido en la línea jurisprudencial mantenida³¹². Bastará con que la medida no supere alguno de estos criterios para que el Tribunal Supremo proceda a su anulación inmediata.

6.2.1 El fin legítimo o la necesidad de la medida

En general, la aplicación del juicio de proporcionalidad solo justifica la anulación de una medida cuando la inobservancia de alguno de sus criterios resulta “evidente y manifiesta”³¹³. La propia prudencia que acompaña a la labor jurisdiccional impone que se reconozca a los poderes públicos un margen

³⁰⁸ *C&A Carbone, Inc. v. Town of Clarkstown* (511 U.S. 383): “La discriminación contra el comercio interestatal en favor del propio local es inválida *per se*, salvo en los supuestos en que el ayuntamiento demuestre que no tiene otra forma de satisfacer un interés local legítimo” (511 U.S. 383, 392).

³⁰⁹ *Hunt v. Washington Apple Advertising Commission* (432 U.S. 333): “Cuando se demuestra (...) la discriminación, la carga de la prueba corresponde al Estado; es éste, por tanto, el que debe justificar la medida tanto en términos de los beneficios locales que se derivan de la norma; como de la inexistencia de la inexistencia de alternativas adecuadas que permitan garantizar los intereses locales en juego sin dicho efecto discriminatorio” (432 U.S. 333, 353).

³¹⁰ Sobre la estructura de este juicio, BARNÉS, Javier: <<El principio de proporcionalidad: estudio preliminar>>, en *Cuadernos de Derecho Público*, Núm. 5, Monográfico sobre “El Principio de Proporcionalidad”, INAP, p. 18.

³¹¹ SMITH, Michael: <<State Discrimination...>>, *Ob. Cit.*, p. 1231.

³¹² Salvo ciertas áreas concretas, tales como los derechos fundamentales, la línea mantenida por la jurisprudencia norteamericana ha consistido en la fiscalización laxa de la proporcionalidad de la medida, dejando un amplio margen de elección a los órganos políticos. BASTRESS, Robert: <<El principio de la “alternativa menos restrictiva” en Derecho constitucional norteamericano>>, en *Cuadernos de Derecho Público*, Núm. 5, Monográfico sobre “El Principio de Proporcionalidad”, INAP, 1998, p. 253.

³¹³ BARNÉS VÁZQUEZ, Javier: <<El principio de proporcionalidad...>>, *Ob. Cit.*, p. 16.

amplio de decisión a la hora de fijar los objetivos de sus actuaciones³¹⁴. Pues bien, siguiendo esta línea, el Tribunal Supremo norteamericano no ha definido un listado exhaustivo de los intereses legítimos que justificarían la constitucionalidad de una medida discriminatoria³¹⁵.

Desde luego, la ausencia de dicho elenco no supone que los magistrados consideren admisible la invocación de cualquier interés legítimo como fundamento de una medida discriminatoria. Ciertamente, la revisión de los asuntos de este tipo pone de manifiesto que el Tribunal Supremo se ha mostrado deferente con la promoción de finalidades ligadas al tradicional poder de policía³¹⁶. Pero esta permisividad no ha impedido que, ocasionalmente, los magistrados muestren su cautela con relación a los intereses económicos del Estado por su especial idoneidad para el desarrollo de medidas proteccionistas³¹⁷.

En resumen, pese a que la fiscalización de la finalidad pretendida por la norma discriminatoria presenta un carácter notablemente casuístico³¹⁸, existe una línea clara en el sentido de proceder a una aplicación laxa de este primer estadio del juicio de proporcionalidad. Como regla general, el Tribunal Supremo

³¹⁴ *New Energy Company V. Limbach* (486 U.S. 269): "(...) las normas estatales claramente discriminatorias para el comercio interestatal son habitualmente anuladas (...), a menos que se trate de una discriminación justificada por un factor válido que no guarde relación con el proteccionismo económico" (486 U.S. 269, 274).

³¹⁵ El enfoque es claramente diverso al manejado en el ámbito de la Unión Europea, donde las medidas potencialmente lesivas de la unidad de mercado únicamente pueden derivar de la promoción de un número reducido de intereses. *Vid. Infra*. Capítulo III.

³¹⁶ En esta línea, *United Haulers Ass'n v. Oneida-Herkimer Solid Waste Management Authority* (550 U.S. 330), donde el Tribunal Supremo avaló la obligación de que todas las empresas dedicadas a la recogida envíen la basura a una empresa pública para su tratamiento al considerar que se trataba de un "ejercicio del poder de policía en un intento de orientar la eliminación de basuras, lo que constituye un ámbito típico y tradicional del gobierno local" (550 U.S. 330, 347).

³¹⁷ *H. P. Hood & Sons v. Du Mond* (336 U.S. 525): "Este Tribunal ha rechazado los intentos de los Estados para promover sus propios intereses comerciales mediante la restricción de la circulación de mercancías (...) mientras ha aceptado con carácter general su derecho para imponer incluso cargas pesadas en beneficio de la salud y seguridad locales." (336 U.S. 525, 535). *Cursiva añadida*.

³¹⁸ Las dificultades para apreciar una línea clara resultan patentes en la comparación entre *Panhandle Eastern Pipe Line Co. v. Michigan Public Service Commission* (341 US 329) y la ya citada *Baldwin v. G. A. F. Seelig, Inc.* (294 U.S. 511). En el primer caso, el Tribunal Supremo entendió que resultaba lícito exigir una autorización estatal a los distribuidores privados de gas natural que presten sus servicios en localidades donde opera un ente público dedicado al mismo negocio, pues de este modo se podría controlar del producto. Por el contrario, la segunda sentencia citada se rechazó que un Estado pudiera imponer directamente un precio mínimo de venta.

ha admitido la invocación de cualquier interés estatal legítimo –económico o no– siempre que no exceda un límite evidente: no es admisible que el interés del Estado consista en mejorar la situación de sus operadores económicos con respecto a los competidores foráneos³¹⁹. Por su propia naturaleza, la presencia de este objetivo determina la invalidez de la actuación, incluso cuando ocupe un lugar secundario en las motivaciones pretendidas por el legislador estatal³²⁰.

En mi opinión, quizás no sea descabellado relacionar este modo permisivo de proceder con la lectura de la competencia federal sobre la economía efectuada por el Tribunal Supremo. No parece lógico que la búsqueda de un obstáculo a la libre circulación interestatal pueda servir para controlar una decisión política estatal tomada en un ámbito donde el Congreso ha preferido no imponer un régimen regulatorio uniforme. Más aún si se cae en la cuenta de que la fiscalización jurisdiccional de las medidas proteccionistas conoce una importante limitación derivada del ámbito político: el consentimiento federal. En una línea cercana a la teoría del proceso político³²¹, no han faltado ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha justificado la constitucionalidad de actuaciones discriminatorias estatales que no tenían su fundamento en un interés legítimo propio del Estado, pero que contaban con un consentimiento expreso por parte del Congreso³²².

³¹⁹ En este sentido, *Baldwin v. G. A. F. Seelig, Inc.* (294 U.S. 511): “(...) una carga adecuada y suficientemente precisa puede ser convalidada en condiciones excepcionales. Lo que es definitivo es el principio de un Estado, en su trato con otro, no puede situarse en una posición de aislamiento económico. (...) el poder de policía no puede ser utilizado (...) con el objeto de erigir una barrera económica contra la competencia con (...) otro Estado o (...) sus residentes” (294 U.S. 511, 527).

³²⁰ SMITH, Michael: <<State Discrimination...>>, *Ob. Cit.*, p. 1236.

³²¹ Esta corriente sostiene que la inconstitucionalidad de las medidas estatales de carácter proteccionista no estaría justificada por la fragmentación del espacio económico, sino por la vulneración del procedimiento político diseñado por la Constitución para la protección de los intereses de los distintos grupos. Sobre la misma, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, *Ob. Cit.*, pp. 206 y ss.

³²² *South-Central Timber Development Inc. v. Wunnicke* (467 U.S. 82): “(...) cuando el Congreso actúa (para autorizar una medida discriminatoria), todos los ámbitos del país están representados y existe un riesgo significativamente menor de que un Estado se sitúa en una posición para beneficiarse del resto” (467 U.S. 82, 92).

6.2.2 La adecuación de la medida

Una vez comprobado que el Estado pretendía la consecución de un fin legítimo, el control judicial prosigue con la defensa por parte del Estado demandado del medio de intervención elegido. La inadecuación de éste para la lograr el objetivo pretendido determinará la anulación inmediata de la medida.

Como ocurría con el anterior escrutinio, lo cierto es que este examen supone una comprobación estrictamente formal, pues únicamente excluye las medidas manifiestamente inadecuadas para el alcance del objetivo pretendido. Con todo, esto no impide que algunas actuaciones cuya finalidad ya había sido fuertemente cuestionada, no hayan superado este segundo paso del juicio de proporcionalidad³²³.

6.2.3 La existencia de alternativas menos gravosas y la proporcionalidad en sentido estricto

El último requisito que se exige para que una medida estatal discriminatoria pueda ser considerada válida es la inexistencia de actuaciones alternativas similares. En esta línea, el Tribunal Supremo se ha mostrado contundente en su rechazo a que la existencia de un fin legítimo pueda justificar la vigencia de una medida discriminatoria cuando existen alternativas razonablemente adecuadas que permitan proteger dicho interés local sin ocasionar tal discriminación³²⁴.

³²³ El caso paradigmático lo constituye *Hunt v. Washington Apple Advertising Commission* (432 U.S. 333). En este asunto, los magistrados debían valorar la constitucionalidad de una ley estatal que obligaba a que los paquetes de manzanas utilizaran una determinada clasificación de calidad. Aunque se aplicaba de manera indistinta, la norma tenía como efecto la peor posición de los productores foráneos, que no podían utilizar su propia calificación y debían diversificar el empaquetado de las mercancías dirigidas al Estado en cuestión. Pese al efecto discriminatorio de la medida, el Tribunal Supremo aceptó la argumentación ofrecida sobre la protección de los consumidores.

Lo que no es admisible, sin embargo, es el medio elegido. La norma no era adecuada para el fin pretendido, por cuanto permitía que los paquetes de manzanas llevaran la clasificación estatal o no empleasen ninguna. Además, la exigencia se refería únicamente a los mayoristas, de tal modo que el paquete individual puesto a disposición de los consumidores no recogía ninguna clasificación. En consecuencia, la norma fue anulada por su carácter proteccionista. (432 U.S. 333, 352-353).

³²⁴ *Dean Milk Company v. City of Madison* (340 U.S. 349, 354).

Ahora bien, por más que este control resulte comprensible, lo cierto es que su aplicación resulta menos sencilla de lo que podría parecer a primera vista. No en balde, el “test de las medidas alternativas” funciona en torno a dos variables: el grado de eficacia de cada una de las opciones para conseguir el fin legítimo pretendido; y sus efectos –más o menos– discriminatorios. Uno y otro deben conciliarse en la aplicación del control, lo que da origen a una gran variedad de escenarios posibles.

Es evidente que si el Tribunal Supremo encuentra una alternativa que no menoscaba la libre circulación de mercancías y resulta igualmente eficiente para la consecución del fin perseguido, la norma estatal habrá de resultar, sin ningún género de dudas, anulada³²⁵. Pero, fuera de estos –escasos – supuestos, la aplicación del escrutinio se vuelve más cuestionable. Puede que aún resulte sencillo justificar la decisión judicial cuando la opción propuesta es menos discriminatoria e igualmente eficaz, pero, sin duda, no lo será tanto cuando ambas lo sean por igual³²⁶. Mucho menos cuando el Tribunal dé preferencia a su alternativa, pese a reconocer que resulta menos eficaz para la consecución del interés alegado por el Estado³²⁷. Como se ve, la diferencia entre los supuestos es de grado, pero sus consecuencias son de primer orden:

³²⁵ El caso paradigmático es *Toomer v. Witsell* (334 U.S. 385). En este asunto, el Tribunal Supremo declaró la inconstitucionalidad de una ley estatal que imponía a los pescadores de gambas procedentes de otros Estados una tasa cien veces superior a la que debían pagar los operadores locales. Se rechazó la justificación medioambiental ofrecida por el Estado ya que “no hay nada que indique que los no residentes empleen embarcaciones más grandes; que el coste de la aplicación de las normas a los mismos resulte considerablemente superior; o que una parte sustancial de los recursos económicos del Estado se dedique a la conservación de las gambas. Pero asumiendo que así fuera, estos hechos no justificarían por sí mismo un remedio tan drástico que se asemeja a la exclusión absoluta” (334 U.S. 385, 398).

³²⁶ En *Chemical Waste Management Inc. v. Hunt* (504 U.S. 334). En este supuesto, el legislador estatal había fijado un impuesto adicional sobre los residuos peligrosos tratados en el Estado pero que procedían de fuera del mismo, justificando su acción en la protección de la salud. El Tribunal anuló la ley porque este mismo objetivo podía igualmente conseguirse gravando todos residuos peligrosos tratados en el Estado o imponiendo una tasa que tuviera en cuenta la distancia entre el lugar de origen del residuo y la planta de tratamiento.

³²⁷ En este sentido, en la citada *Hunt v. Washington Apple Advertising Commission* (432 U.S. 333), el Tribunal Supremo reconoció que, de aceptarse la solución propuesta, “podría seguir existiendo una posible “confusión” (sobre la calidad de las manzanas). En cualquier caso, es el tipo de “confusión” que el interés nacional sobre la libre circulación de mercancías entre los Estados exige aceptar” (432 U.S. 333, 354).

los magistrados pueden terminar ocupando una posición esencialmente semejante a la propia del legislador democrático³²⁸.

Quizás por ello, no han faltado los asuntos en los que se ha destacado que la alternativa propuesta debe ser “razonable”, por más que la jurisprudencia sea parca en cuanto a la concreción de qué cabe entender como tal³²⁹. Y tampoco puede sorprender que el Tribunal Supremo se muestre reticente a aplicar la proporcionalidad en sentido estricto –ponderación entre costes y beneficios– para decidir sobre la constitucionalidad de unas medidas – las discriminatorias– que bien pueden ser anuladas por cualquiera de los escrutinios precedentes³³⁰.

6.3 El control moderado: medidas obstaculizadoras

Frente a la presunción de invalidez a que deben hacer frente las medidas discriminatorias, el control propio de aquéllas que únicamente “obstaculizan el comercio interestatal” presenta un carácter más atenuado. No en vano, esta categoría recogía las actuaciones estatales de aplicación indistinta a todos los operadores económicos que, sin embargo, terminaban por provocar la peor situación de los competidores foráneos. El control moderado se desenvuelve, pues, en un ámbito donde la relación entre la medida enjuiciada y la pretendida ruptura del espacio económico nacional dista de resultar evidente: el riesgo no deriva tanto del objeto de los efectos –deseados o indeseados– de la actuación. Por poner sólo un ejemplo, en igualdad de condiciones entre los productos en competencia, la exigencia de que el

³²⁸ Este peligro ha sido señalado, entre otros, por el Juez Scalia en su voto disidente en *CTS Corp. v. Dynamics Corp. of America*, señalando que la labor del Tribunal Supremo debe finalizar en la comprobación de que la medida estatal no origina efectos discriminatorios injustificados. Fuera de este aspecto, cualquier otra decisión sobre la vigencia de la misma corresponderá al Congreso en el ejercicio de su poder comercial. (481 U.S. 69, 96).

³²⁹ ABBOTT, Kathryn: <<The Dormant Commerce Clause and California's Low Carbon Fuel Standard>>, en *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, Vol 3, pp. 195-196.

³³⁰ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, *Ob. Cit.*, p. 263. Al margen de los motivos apuntados, algunos autores han justificado la inaplicación de este escrutinio alegando que la ponderación entre los intereses locales y nacionales puede tener sentido en determinados tipos de asuntos, como el ejercicio de la potestad fiscal, pero no en los propios de la libre circulación de mercancías, donde el único interés nacional es la propia prohibición del proteccionismo, esto es, de la discriminación de los productos por razón de su origen geográfico. REGAN, Donald: <<The Supreme Court and State Protectionism...>>, *Ob. Cit.*, p. 1104.

etiquetado refleje la procedencia geográfica del bien no supone por sí misma una discriminación a los bienes procedentes de fuera del Estado, pues aquélla supone un dato neutro a efectos de la decisión del consumidor. La situación varía, sin embargo, cuando las propiedades del bien afectado no resultan exactamente iguales en todos los lugares de producción, como ocurre, por ejemplo, con los productos frescos. En tales casos, no es irrazonable pensar que el comprador tendrá en cuenta el lugar de procedencia del bien entre el abanico de criterios que orientan su decisión. De ahí que la referida obligación sobre el etiquetado pueda llegar a situar los productos locales en una posición de ventaja competitiva respecto de los procedentes de otros territorios.

En este tipo de supuestos la aplicación del *juicio de unidad* dependerá – más claramente que en el caso anterior– de la habilidad de los demandantes para probar que la medida estatal conlleva unas cargas excesivas en relación con el interés teóricamente pretendido³³¹. Satisfecho este requisito, la primera diferencia entre el control de los dos tipos de conductas –“discriminatorias” y “obstaculizadoras”– definidas por el Tribunal Supremo guarda relación con la perspectiva del escrutinio. Donde en el supuesto del epígrafe anterior regía una presunción de invalidez, la aplicación del *juicio de unidad* a las medidas indistintamente aplicables presume la legitimidad de la actuación estatal.

Pese a lo que pueda parecer, no creo que este punto haya de ser visto como una deferencia por parte del órgano judicial. Antes bien, supone una lógica regla de prudencia derivada de la incertidumbre acerca de la relación que media entre causa y efecto. Presumir la invalidez de cualquier decisión estatal con consecuencias más o menos evidentes sobre el tráfico interestatal de mercancías equivaldría a una fiscalización judicial prácticamente absoluta sobre los Estados. Es aquí precisamente donde surge el problema: el control de las medidas obstaculizadoras habrá de disponer de la suficiente flexibilidad para respetar el ámbito de decisión propio de los Estados, al tiempo que permite enjuiciar comportamientos distintos de las discriminaciones formales señaladas en el apartado anterior. En otras palabras, el *juicio de unidad* propio de las medidas obstaculizadoras se desenvuelve necesariamente en una zona

³³¹ *Pike v. Bruce Church, Inc.* (397 U.S. 137, 142).

de incertidumbre que dificulta los intentos de concretar una estructura de control determinada.

El Tribunal Supremo dio respuesta a este interrogante sobre el modo de proceder al control en *Pike v. Bruce Church, Inc.*³³². Entonces fijó cuatro condiciones para declarar la constitucionalidad de las normas estatales de las que se deriva un obstáculo al comercio interestatal³³³:

- a) Que su efecto ventajoso para los operadores locales tenga un carácter débil, esto es, que no haya sido deliberadamente buscado y afecte solo de modo incidental al tráfico interestatal de bienes, pues de lo contrario se trataría de una medida discriminatoria sujeta al control estricto.
- b) Que pretenda la protección de un interés legítimo suficiente.
- c) Que el medio elegido resulte adecuado para dicho fin.
- d) Que los efectos perjudiciales sobre el comercio interestatal no superen los beneficios locales que el Estado pretendía alcanzar.

Visto con detenimiento, este juicio de unidad no varía en exceso respecto del señalado con ocasión de las medidas discriminatorias. En ambos casos la validez de la actuación se supedita a la superación de un juicio de proporcionalidad: la integridad del espacio económico nacional debe ceder frente a la promoción regular de otros intereses igualmente valiosos. Siendo la estructura esencialmente igual, parece lógico pensar que la diferencia entre la fiscalización de las medidas “discriminatorias” y las propias “obstaculizadoras” reside en la intensidad, significativamente menor en estas últimas³³⁴. A falta de un listado tasado de causas justificadoras, no parece posible dotar de perfiles

³³² 397 U.S. 137. Previamente el órgano judicial había tratado, sin éxito, de definir un juicio de proporcionalidad operativo en *Southern Pacific Company v. Arizona* (325 U.S. 761).

³³³ *Pike v. Bruce Church Inc.* (397 U.S. 137): “Si (en el control de las medidas que afectan al comercio interestatal) se aprecia la existencia de un interés legítimo, entonces la cuestión pasa a ser de grado. El extremo hasta el que dicho obstáculo será tolerado dependerá, por supuesto, de la naturaleza del interés local invocado, y de la posibilidad de promoverlo con un impacto menor sobre las actividades interestatales” (397 U.S. 137, 142).

³³⁴ SMITH, Michael: <<State Discrimination...>>, *Ob. Cit.*, p. 1256; y REGAN, Donald: <<The Supreme Court and State Protectionism...>>, *Ob. Cit.*, p. 1106.

propios a los tres primeros pasos del control previsto en *Pike v. Bruce Chuch Inc.*³³⁵

En otras palabras, Así las cosas, la falta de una conexión clara entre la medida enjuiciada y sus efectos sobre el espacio económico nacional que caracteriza a las “actuaciones obstaculizadoras” convierte la aplicación del *juicio de unidad* en una ponderación de los intereses en conflicto. Frente al papel residual de este criterio en el control estricto, buena parte de las opciones de convalidación pasan ahora por la capacidad del Estado para demostrar empíricamente que los efectos perniciosos sobre el comercio interestatal no son desproporcionados en atención a sus beneficios³³⁶. Sólo cuando no se da esta condición tiene sentido plantearse la anulación de la medida³³⁷. Cuestión distinta, claro está, es que la difícil posición que se deriva del manejo de este tipo de valoraciones tenga como efecto la reticencia del Tribunal Supremo a su empleo³³⁸.

6.4 Panorámica: el *juicio de unidad* como complemento del control competencial

La reconfiguración del poder congresual sobre el comercio acontecida tras el *New Deal* trajo consigo la separación nítida de las dos dimensiones de la cláusula de comercio. A partir de 1937 el Tribunal Supremo inicia una línea jurisprudencial que evidencia que, al menos desde el punto de vista teórico, la integridad del espacio económico nacional constituye una problemática distinta de las condiciones en que pueden llevarse a cabo las actuaciones económicas

³³⁵ En contraposición con este modelo, la existencia de un listado de causas tasadas desde las que justificar la adopción de medidas lesivas para la libre circulación ha permitido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea avanzar en la construcción de distintas intensidades para la aplicación del *juicio de unidad* en atención a su objeto. *Vid. Infra.*, Capítulo III, Epígrafes 5.3 y 5.4.

³³⁶ ABBOTT, Kathryn: <<The Dormant Commerce Clause...>>, *Ob. Cit.*, pp. 196-197.

³³⁷ *Kassel v. Consolidated Freightways Corporation* (450 U.S. 662). En la misma el Tribunal Supremo anuló una ley estatal que prohibía el uso de camiones de una determinada longitud por motivos de seguridad. La medida es desproporcionada porque el Estado demandado no ha sido capaz de rebatir los estudios estadísticos que indican que este tipo de vehículos no tiene un riesgo mayor que otros cuya circulación sí se permite. (450 U.S. 662, 673).

³³⁸ En este sentido, el voto concurrente del Juez Blackmun en *Raymond Motor Transportation Inc. v. Rice* (434 U.S. 429): “(mientras las razones ofrecidas) no sean ilusorias, el Tribunal no realizará un juicio legislativo retrospectivo sobre la su importancia en comparación con las cargas para el comercio interestatal” (434 U.S. 429, 449).

dentro del mismo. En atención a la misma, la cláusula de comercio latente comenzará a identificarse con el control de las medidas estatales que tengan un carácter proteccionista o, al menos, den origen a una discriminación más o menos evidente basada en el origen geográfico del producto.

Sobre esta premisa, el Tribunal Supremo ha construido un *juicio de unidad* basado tanto en la intencionalidad del legislador estatal, como en los efectos de la norma sobre la posición competitiva de los operadores económicos foráneos. Aunque la estructura del juicio resulta pareja, la intensidad de su aplicación varía en atención a la proximidad de la actuación con las técnicas más tradicionales de proteccionismo.

De una parte, las “medidas discriminatorias”, esto es, las que imponen – de manera expresa –excepcionalmente, también las discriminaciones tácitas de las que se derivan efectos prácticos de especial entidad– un régimen jurídico más gravoso a los empresarios foráneos respecto de los estatales, vienen sujetas a una presunción de invalidez. Por tanto, corresponde al Estado demandado acreditar que no tenía intención de mejorar la competitividad de los operadores económicos ubicados en su territorio a costa de la propia de los foráneos. Para ello, habrá de seguirse un juicio de proporcionalidad tan especialmente intenso en lo relativo al fin legítimo invocado por el legislador estatal y la existencia de alternativas. En la mayor parte de los casos, el *juicio de unidad* llevará a la anulación de las actuaciones discriminatoria estatales que no cuenten con el consentimiento de la Federación.

Por el contrario, las “actuaciones obstaculizadoras” son objeto de un control significativamente menos riguroso. Cuando una norma estatal tiene efectos más gravosos para los empresarios situados fuera del Estado pero su aplicación es indistinta, el control efectuado por el Tribunal Supremo parte de una presunción de validez. La misma estructura de control que se siguió en el caso anterior da origen aquí a una ponderación entre los costes y beneficios de la que rara vez resulta la declaración de invalidez. Carecería de sentido sujetar a un control jurisdiccional estricto cualquier actuación estatal por el mero

hecho de su incidencia, más o menos remota, con el tráfico interestatal de mercancías.

De todo lo anterior resulta que el *juicio de unidad* se ofrece como una garantía complementaria a la competencia normativa atribuida al Congreso. Quizás la iniciativa para asegurar la integridad del espacio económico nacional corresponda primordialmente al legislador estatal, pero el papel de los particulares en esta área dista de resultar irrelevante. A estos corresponde la denuncia de cualesquiera medidas estatales que, respetando la regulación federal, discriminen u obstaculicen la libre circulación estatal de mercancías. Sobre ellos recae, en fin, la actividad probatoria de la que arranca la aplicación jurisdiccional de los controles apuntados.

7. Recapitulación

El análisis de la evolución jurisprudencial propia de la cláusula de comercio norteamericana ofrece un punto de partida sólido desde el que realizar la configuración de un control de las medidas lesivas de la integridad del espacio económico nacional. Al margen del valor que quiera atribuirse a dicho ordenamiento con respecto a costumbres jurídicas tan alejadas como la española, las sucesivas lecturas que el Tribunal Supremo ha realizado sobre este precepto constitucional ponen de manifiesto dos cuestiones – estrechamente relacionadas– que habrán de tenerse reiterarse a lo largo del estudio.

La primera es que los problemas propios de lo que en nuestro ordenamiento llamamos “unidad de mercado” constituyen únicamente una especie de los relativos a la unidad económica, de la que es parte integrante junto con la unidad de la política económica. La jurisprudencia subsiguiente a la crisis constitucional de 1937 muestra a las claras que la lógica actual del sistema económico –que exige que el Estado desempeñe un papel activo– obliga a diferenciar jurídicamente entre la integridad del espacio económico y las condiciones de ejercicio de las actividades empresariales en el mismo.

Únicamente el primero –cláusula de comercio latente– puede calificarse con propiedad como “integridad del espacio económico nacional”, e impide la adopción de medidas que obstaculicen el tráfico interestatal mediante la discriminación injustificada de los operadores procedentes de otras partes del territorio nacional. Por su parte, el segundo grupo de asuntos –cláusula de comercio positiva– habría de calificarse como “unidad de la política económica”³³⁹, desde la que podrán definirse las reglas de funcionamiento de aquel espacio.

Pero, más allá de esta diferenciación –ciertamente formalista– la experiencia del Tribunal Supremo muestra que los controles basados en la titularidad de la competencia resultan inadecuados para asegurar la integridad del espacio económico. En último término, este tipo de juicios supone un juego de suma cero que acaba por convertir la búsqueda del equilibrio entre la unidad económica y la autonomía política en un ejercicio sucesivo de fragmentación de las materias competenciales en secciones o subsecciones cada vez más específicas³⁴⁰. De los polvos de definir la integridad del espacio económico nacional desde una perspectiva puramente abstracta surgen los lodos de la confusión competencial³⁴¹. El manejo de una lógica deductiva para fijar los límites de un concepto tan marcadamente centrípeto como la “unidad” lleva a reconocer una competencia federal difícilmente conciliable con un adecuado margen estatal de decisión.

*Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia*³⁴² es un buen ejemplo. Mientras el Tribunal Supremo mantuvo la conveniencia del trato normativo uniforme como criterio determinante, la jurisprudencia sobre los

³³⁹ Esta “Unidad de la política económica” integra, junto con la “unidad de mercado”, la más amplia “unidad económica”. *Vid. Supra.*, Capítulo 1, Epígrafe 2.1.

³⁴⁰ Sobre este extremo, *Vid. Infra.* Capítulo IV. Epígrafe 5.

³⁴¹ En un sentido similar: EDWARDS, Denis: <<Fearing federalism”s failure: subsidiarity in the European Union Fearing federalism”s failure: subsidiarity in the European Union>>, en *American Journal of Comparative Law*, 44(4), pp. 572 y ss. En su estudio sobre dicho principio, el autor repasa la jurisprudencia estadounidense relativa a la cláusula de comercio, señalando tres conclusiones que, a mi juicio, son plenamente predicables del control basado en la integridad del espacio económico: la imposibilidad de su definición en abstracto; su naturaleza “demasiado política” para conformar un criterio jurisdiccional directamente aplicable; y el papel de los órganos jurisdiccionales en la aplicación del “juicio de unidad” como límite al ejercicio de las competencias propias.

³⁴² 53 U.S. 299.

límites al poder estatal que se derivan de la cláusula de comercio resultó extraordinariamente confusa y, en ocasiones, contradictoria. Sólo la vigencia de una concepción económica marcadamente liberal permitió que el equilibrio entre ambas instancias de poder se mantuviera estable. Desde el mismo momento en que el legislador federal comenzó a explorar los límites de la capacidad atribuida por el Tribunal Supremo, esta doctrina tuvo que ser revisada.

Las “garantías políticas” deben ir acompañadas de cautelas jurisdiccionales. La integridad del espacio económico nacional admite un cierto grado de diferenciación que sólo puede medirse desde el análisis concreto del caso, esto es, desde la aplicación del *juicio de unidad*. En mi opinión, el éxito de la jurisprudencia desarrollada a partir de *Southern Pacific Company v. Arizona*³⁴³ radica en su contribución a la coherencia del sistema constitucional de garantías sobre la integridad del espacio económico estadounidense. Que el nivel –federal o estatal– de gobierno sea competente para regular una materia más o menos cercana a la libre circulación interestatal de mercancías no supone necesariamente que el uso concreto que ha decidido dar a su poder sea –por su intencionalidad o sus efectos– inocuo para la integridad del espacio económico nacional. Ésta requiere un estudio individualizado y flexible de las circunstancias concretas del caso del que resulte una decisión sobre la admisibilidad de la diferencia introducida. Sería erróneo considerar que la cláusula de comercio latente prohíbe únicamente las medidas directa y expresamente dirigidas al desarrollo de técnicas proteccionistas. Tanto como desconocer que la actividad económica presenta una marcada volubilidad respecto de todo tipo de condiciones, algunas de las cuales –como la oportunidad política– difícilmente podrán valorarse en sede jurisdiccional. El juicio de unidad es necesariamente complejo y se resiste a los intentos de su sistematizarlo en exceso.

³⁴³ 325 U.S. 761.

CAPÍTULO III

“UNIDOS EN LA DIVERSIDAD”: EL MERCADO ÚNICO COMUNITARIO COMO REGULACIÓN ECONÓMICA MULTINIVELES

1. Introducción

El estudio del ordenamiento jurídico norteamericano efectuado en el Capítulo previo da buena muestra de un problema común a todos los Estados políticamente descentralizados, a saber, la conciliación de la autonomía política con la integridad del espacio económico nacional. También de la receta al mismo: para que un modelo territorial complejo funcione es preciso dotarlo de un *juicio de unidad*, esto es, de un control para que las actuaciones públicas no impidan o menoscaben el tráfico económico –en nuestro caso, la circulación de mercancías– entre las distintas partes del territorio. El Capítulo que ahora se inicia se dedica al análisis de esta garantía jurisdiccional en el ámbito de la Unión Europea.

Con relativa frecuencia, se ha puesto de manifiesto la similitud que existe entre la dinámica experimentada en Estados Unidos y el proceso de integración en el que la Unión Europea se encuentra inmersa³⁴⁴. Sin restar validez a esta afirmación, creo que es importante destacar que, a los efectos de este trabajo, la semejanza debe limitarse únicamente a la lógica interna seguida en cada modelo acerca del modo de estructurar el *juicio de unidad*. Pero tal similitud no nos puede llevar a desconocer que la Unión Europea es una estructura propia del orden internacional, forzada por su propia naturaleza a relacionarse con Estados soberanos. Este es un aspecto capital del que necesariamente habrán de derivarse distintas consecuencias. Por lo que aquí importa, la naturaleza jurídica de la Unión Europea plantea un interrogante

³⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro, *et. al.: Integration through Law...*, Ob. Cit., pp. 11 y ss.

acerca del modo en que su espacio económico incide sobre el propio de cada uno de los Estados miembros.

La aparente sencillez del modelo norteamericano no es predicable de la realidad comunitaria. En aquél la Federación y los Estados formaban parte un solo espacio nacional cuya integridad quedaba confiada a la garantía jurisdiccional que supone el *juicio de unidad*. Frente a ello, la experiencia comunitaria presenta un carácter necesariamente distinto a resultas de la forma territorial de los Estados. La naturaleza internacional de la Unión Europea quizás no se haga tan evidente en los Estados miembros de carácter unitario, pero sin duda se hace sentir en aquellos otros –como España– que han optado por dotarse de una estructura territorial compleja.

Este tipo de sistemas, que he dado en llamar “modelos multiniveles de unidad de mercado”³⁴⁵, presentan una dificultad propia: la coexistencia de dos espacios económicos formalmente separados, pero necesariamente interrelacionados. O, lo que es lo mismo, el problema de la vigencia de dos juicios de unidad, formalmente independientes, cuyo ámbito de aplicación se solapa parcialmente. Es en este punto donde cobra interés la pregunta central del trabajo: ¿cuál es el grado de permeabilidad del juicio interno –español– de unidad?; ¿puede ser éste independiente del propio del espacio comunitario, o debe subordinarse al mismo para asegurar la armonía? Como se apuntó, mi postura se adscribe al sector doctrinal que ha considerado que los Estados miembros políticamente descentralizados –“modelos multiniveles”– han asumido un compromiso para aplicar un mismo *juicio de unidad*, quizás no en términos de identidad, pero al menos sí de compatibilidad³⁴⁶.

Partiendo de esta premisa, no puede pasarse por alto el análisis de las garantías existentes para asegurar la integridad del espacio económico de la Unión Europea, pues sobre las mismas habrá de fundarse la interpretación del principio de unidad de mercado consagrado en la Constitución de 1978. Pero antes, conviene aclarar algunas cuestiones relativas a la terminología

³⁴⁵ Sobre los rasgos propios de este tipo de sistemas, *Vid. Supra.*, Capítulo I, pp. 37-38.

³⁴⁶ *Idem.*

empleada en este ámbito y referirse a la relación existente entre los espacios económicos nacional y comunitario.

2. La caracterización del mercado interior

Al analizar la evolución de la cláusula de comercio contenida en la Constitución norteamericana de 1787 se pudo comprobar hasta qué punto la superación de las doctrinas partidarias de limitar la intervención de los poderes públicos sobre la economía marcaba una completa reordenación del funcionamiento de la fórmula federal. A partir de 1937, el Congreso pasaba a desempeñar una función de verdadero garante del desarrollo económico, de donde se derivaba la difícil identificación de los límites a su poder normativo y el consiguiente riesgo de que los poderes estatales quedasen desplazados por un poder federal incontenible³⁴⁷. Pues bien, la misma tensión va a resultar consustancial al proyecto comunitario de integración³⁴⁸. No en balde, el desarrollo económico figura como objetivo fundamental en el texto fundacional de la actual Unión Europea³⁴⁹.

En cualquier caso, aunque la tendencia entre ambas experiencias haya terminado por mostrarse relativamente similar, conviene no perder de vista que una y otra arrancan de puntos de partida notablemente diversos³⁵⁰. Para cuando el Tribunal Supremo norteamericano inicia su línea jurisprudencial sobre el carácter horizontal de la cláusula de comercio positiva, la Federación norteamericana contaba con un siglo y medio de historia. Frente a ello, el

³⁴⁷ *Vid. Supra.*, Capítulo II, p. 107.

³⁴⁸ Paradójicamente, la situación en España es la inversa. Así, no faltan voces autorizadas que ponen de manifiesto que, en nuestro sistema constitucional, el poder regulador incontenible es el autonómico, de suerte que existe una verdadera acumulación de regulaciones autonómicas que, además, podrían estar contenidas en normas de carácter reglamentario. Por todos, MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Informe sobre España...*, *Ob. Cit.*, p. 118.

³⁴⁹ Artículo 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea: “promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran”.

³⁵⁰ En este sentido, ARMSTRONG, Kenneth y BULMER, Simon: *The Governance of the Single European Market*, Manchester University Press, Manchester 1998, pp. 47 y ss.

mercado interior comunitario es el resultado de un proceso extraordinariamente rápido de transformación desde un área de libre comercio hasta una forma de integración económica desconocida en el panorama internacional. La comparación entre ambas no puede llevar a desconocer que, frente al carácter nacional de los Estados Unidos, la comunitaria es una estructura supranacional³⁵¹. Necesariamente, el punto de llegada también debe ser distinto en cada continente.

Apuntado lo anterior, no tiene interés recordar el itinerario tanto jurisprudencial como normativo que condujo al actual mercado comunitario. Sin embargo, un breve repaso de sus principales momentos quizás pueda servir para comprender el diferente punto de llegada a que aludía, al tiempo que se efectúan algunas precisiones conceptuales sobre la terminología que habrá de utilizarse en este Capítulo. Al cabo, ¿existe alguna diferencia entre los mercados común, único e interior a que habitualmente se hace referencia?

Desde una perspectiva histórica, el “*mercado común*” aparece como la primera experiencia del modelo comunitario. El Tratado de Roma de 1957 fijó las bases para el desarrollo de un nuevo modelo de integración económica, cualitativamente más intensa que las habituales áreas de libre intercambio que tan frecuentes resultan en el plano internacional³⁵². Donde otras experiencias se habían conformado con prohibir las conductas de carácter discriminatorio, la nueva estructura pretendió dar un paso al frente y avanzar en la armonización normativa entre los diferentes Estados miembros: el fin último de la estructura creada no será tanto facilitar las transacciones comerciales entre los Estados miembros eliminando las barreras que puedan existir, como promover un desarrollo económico continuado de sus Estados miembros por medio de una reorganización más adecuada de los recursos comunes. Solamente así se entiende un ordenamiento jurídico internacional presidido por los principios de efecto directo y primacía.

³⁵¹ En este sentido, BUCHANAN, James: <<Europe as a social reality>>, en *Constitutional Political Economy*, Vol. 7, Núm. 4, 1996, p. 253.

³⁵² Por todos, POIARES MADURO, Miguel: *We the Court. The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Oxford. Hart, 1997, pp. 164 y ss. También, BALASSA, Bela: *The Theory of...*, Ob. Cit., p. 2.

En los términos que interesan para el presente trabajo, lo anterior supone que la experiencia comunitaria nunca fue una forma de integración económica al uso, sino un auténtico mercado dotado de los mismos elementos que el propio de los Estados políticamente descentralizados: dirección de la política económica y unidad de mercado³⁵³. Por más que la correspondencia no sea exacta, lo cierto es que estos elementos aparecen en la esfera comunitaria bajo las denominaciones de “integración positiva” e “integración negativa”. Mediante la primera, las instituciones comunitarias podrán armonizar las regulaciones nacionales cuya disparidad perjudique el desarrollo o funcionamiento del mercado comunitario dentro de las materias sobre las que la Unión resulta competente³⁵⁴. Por la segunda, los Estados parte se comprometen a no adoptar medidas que puedan constituir un obstáculo para la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Nuevamente, será esta última dimensión –negativa– la que presente un mayor interés para el trabajo³⁵⁵.

Sea como fuere, la definición de la estructura indicada no resultó acompañada de un desarrollo práctico completo. Antes bien, el “mercado común” se caracterizó porque el reconocimiento de la competencia comunitaria de armonización tuvo un carácter más teórico que efectivo, a resultas de las numerosas cautelas procedimentales a que se vio sujeta³⁵⁶.

³⁵³ CIDONCHA MARTÍN, Antonio: <<La unidad económica, antes...>>, *Ob. Cit.*, p. 13.

³⁵⁴ Artículo 114.1 TFUE: “(...) El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior.”

³⁵⁵ Artículo 26.2 TFUE: “El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados.”

³⁵⁶ Los artículos 47 y 94 del Tratado constitutivo de 1957 permitían que la nueva estructura aprobase directivas orientadas a la implementación del principio de reconocimiento mutuo, o a la aproximación de las leyes de los estados miembros que afectasen de manera inmediata al funcionamiento del Mercado común. En cualquiera de ambos casos, la aprobación de la norma requería el voto unánime del Consejo, lo que determinó que estas aproximaciones solo tuviesen lugar de manera excepcional y siempre desde una perspectiva individualizada de los sectores de actividad, lo que dificulta cualquier apreciación de conjunto. BARNARD, Catherine:

Durante el período de vigencia de éste, la integración económica dependió en su práctica totalidad de los avances conseguidos en la vertiente prohibitoria –dimensión negativa– del mercado común, lo que es tanto como reconocer que el principal protagonista del proceso hubo de ser el Tribunal de Justicia. No es casual, por tanto, que durante esta etapa se sucedan las grandes construcciones jurisprudenciales que terminaron por alterar de manera radical sendas dimensiones –positiva y negativa– del mercado europeo: primacía y efecto directo de las disposiciones comunitarias; principio de mutuo reconocimiento; e interpretación finalista de las competencias comunitarias³⁵⁷. En resumidas cuentas, ni resulta exagerado identificar el mercado común con un área de libre comercio cualificada, ni puede dejar de verse en el mismo el origen del *juicio de unidad* vigente a nivel comunitario.

Por su parte, el “*mercado interior*” es resultado del notable impulso a la integración económica comunitaria a raíz de la aprobación del Acta Única Europea en 1986. A la luz de las dificultades que se habían sucedido, el documento perfila una nueva realidad jurídica cuyas diferencias con el “mercado común” difícilmente pueden ser reducidas a un plano cuantitativo³⁵⁸. En efecto, sería erróneo plantear la relación entre los mercados “común” e “interior” en términos de alteridad. Antes bien, el “mercado interior” pretende los mismos objetivos que su precedente desde un paradigma diferente: si en la etapa anterior el grado de integración dependía esencialmente de los Estados miembros, ahora el proceso adquiere una clara vertiente institucional. El Acta Única marca una toma de la iniciativa por parte de la Unión, liberada ahora de buena parte de las trabas procedimentales que habían impedido el recurso a

The substantive law of the EU. The four freedoms. Segunda Edición. Oxford y Nueva York. Oxford University Press, 2007, pp. 570 y 604 y ss.

³⁵⁷ CRAIG, Paul: <<The evolution of the Single Market>>, en BARNARD, Catherine; y SCOTT, Joanne (Eds.): *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford, 2002, pp. 6 y ss. Sobre la transformación del “mercado común” en un fin en sí mismo por la jurisprudencia comunitaria, HANF, Dominik: <<Legal Concept and Meaning of the Internal Market>>, en J. Pelkmans, Jacques *et al.* (Eds.), *The EU Internal Market in Comparative Perspective: Economic, Political and Legal Analyses*, College of Europe, Bruselas, 2008, p. 77.

³⁵⁸ En este sentido, ARMSTRONG, Kenneth y BULMER, Simon: *The Governance...*, *Ob. Cit.*, pp. 14 y ss.

sus competencias de integración positiva³⁵⁹, y capacitada para estimular la acción de los Estados mediante la imposición de una fecha límite en la que habría de alcanzarse el “mercado interior”³⁶⁰. Siguiendo con la analogía anterior, el peso de la integración ya no recae en exclusiva sobre el Tribunal de Justicia, sino que toma impulso el rol protagonista de la Comisión.

Al contrario de lo que pudiera parecer, el auge de las instituciones no trajo consigo un desplazamiento de los gobiernos nacionales. Y es aquí donde se hace patente la diferencia cualitativa que existe entre la Unión y la Federación norteamericana. Visto en sus justos términos, creo que lo correcto sería decir que el peso específico de la soberanía nacional en el escenario europeo justificó un desarrollo menos intenso de la doctrina de la *pre-emption*, de tal modo que la intervención comunitaria en un determinado ámbito no coarta de manera absoluta la capacidad de los gobiernos nacionales para definir sus propias políticas. Si en los Estados Unidos el legislador estatal podía ver completamente desplazada su estrategia económica por el uso del poder congresual derivado de la cláusula de comercio positiva, en Europa dicha iniciativa únicamente resulta acotada dentro del –amplísimo– margen establecido entre la integración mínima definida en las directivas y el techo máximo previsto en los Tratados³⁶¹. En un caso, la integración positiva constituye un límite –potencial– claro a las políticas estatales, mientras en otro –el europeo– la pluralidad propia de su naturaleza supranacional tiene como corolario el protagonismo indiscutido del juicio –negativo– de unidad.

En otras palabras, por más que el Acta Única define el inicio de una efectiva labor de integración positiva mediante la aproximación de las normativas estatales, el “mercado interior” no presenta como rasgo propio el protagonismo de este plano legislativo. Al contrario de lo que ocurriría en el

³⁵⁹ El artículo 95 del Acta Única Europea rebajó la exigencia de voto unánime que se había mantenido hasta la fecha, sustituyéndola por un voto mayoritario cualificado.

³⁶⁰ La Comisión propuso que el artículo donde se definía la vigencia de las libertades que integran el mercado interior gozase de efecto directo: llegado el 31 de diciembre de 1992, todas las normas estatales sobre las condiciones para la circulación económica pasarían automáticamente a considerarse un obstáculo. Finalmente, la propuesta sería descartada por los Estados, pero evidencia el interés de la Unión en tomar la iniciativa del proceso. CRAIG, Paul: <<The evolution of...>>., *Ob. Cit.*, pp. 15 y 16.

³⁶¹ *Idem.*, p. 25.

ámbito norteamericano, en la Unión Europea la armonización normativa solo tiene sentido como complemento de la labor jurisdiccional: para eliminar las medidas nacionales que obstaculizan la libre circulación, pero que han superado el escrutinio del Tribunal de Justicia sobre la base del *juicio de unidad*³⁶².

Por último, el “*mercado único*” constituye la última de las expresiones que con frecuencia se emplean para referirse al espacio económico comunitario. Nuevamente, sería incorrecto tratar de apreciar en el mismo un cambio drástico con respecto de la experiencia anterior. El “*mercado único*” no supone un nuevo vuelco en el papel de las instituciones para el logro de la integración económica. Tampoco otorga preferencia a la estrategia normativa sobre el control efectuado en sede jurisdiccional. En realidad, dicho término resulta tan difícilmente separable del propio de “*mercado interior*”³⁶³ que ni el cambio puede referenciarse a un momento temporal concreto, ni se han identificado más diferencias que la ampliación de su ámbito material. Quizás el “*mercado único*” presente un carácter holístico, de manera que no se limita exclusivamente a la integración económica, sino que alcanza otras realidades, tales como la protección de los consumidores, los derechos sociales o el medio ambiente³⁶⁴. Con independencia de los posibles matices, he tratado de simplificar el discurso del trabajo empleando únicamente la expresión “*mercado interior*”, pues esta es la comúnmente utilizada en los tratados comunitarios.

³⁶² La construcción comunitaria descansa en buena medida en el principio de reconocimiento mutuo, en cuya virtud los Estados miembros no pueden exigir requisitos adicionales para el acceso al mercado nacional de los productos legalmente comercializados en otro Estado miembro, salvo que medie una razón suficiente de interés público. Este principio fue tempranamente establecido en sede jurisdiccional en las celeberrimas SSTJCE de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, (Asunto 8/1974) y *Cassis de Dijon* (Rewe-Zentrale AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), de 20 de febrero de 1979 (Asunto 120/78). Posteriormente, la aprobación del Acta Única Europea trajo consigo su recepción en el plano normativo, de manera que la acción legislativa –supletoria– de las instituciones pueda corregir los efectos lesivos de las normas nacionales que no puedan ser calificadas como obstáculo a tenor del *juicio de unidad* aplicado por el Tribunal de Justicia.

³⁶³ Sobre el carácter intercambiable de ambos términos, MORTELMANS, Kamiel: <<The Common Market, the Internal Market and the Single Market, What's in a Market?>>, en *Common Market Law Review*, 35, 1998, p. 107; y HANF, Dominik: <<Legal Concept...>>, *Ob. Cit.*, p. 78. Nota 6.

³⁶⁴ Entre los ámbitos incluidos CRAIG, Paul: <<The evolution of...>>, *Ob. Cit.*, p. 38.

Del breve repaso realizado, creo que pueden extraerse dos ideas principales que habrán de servir para la mejor comprensión tanto del presente Capítulo, como del resto del trabajo. En primer lugar, el carácter protagonista del *juicio de unidad* –integración negativa– dentro del esquema de funcionamiento de la Unión Europea. Por más que la función normativa venga experimentando un desarrollo continuado, no parece que a día de hoy se haya impuesto una competencia genérica sobre el funcionamiento del mercado –de la economía– que sí resulta reconocible en los modelos políticamente descentralizados, como el norteamericano o el propio de nuestro Estado. El objetivo principal sigue siendo la integridad del mercado interior mediante la supresión de las actuaciones obstaculizadoras de la libre circulación. Es evidente que la Unión Europea supone un referente de primer orden para el estudio de los problemas relativos al *juicio de unidad*.

Pero por otra parte esta integración, cualitativamente inferior a la que resulta propia de un modelo estatal, plantea un problema desconocido hasta el momento para la integridad del espacio económico de los modelos políticamente descentralizados. La premisa en estos casos era que el mercado nacional resulta incompatible con la existencia simultánea de otro situado en un ámbito geográfico parcialmente coincidente. Precisamente esa coexistencia es la piedra angular sobre la que se asienta el edificio comunitario: el mercado interior no ha sustituido el propio de los Estados miembros. En consecuencia, el problema de la integridad se plantea en términos bien diversos de los que apunté con ocasión del Capítulo anterior: si existen dos mercados, con sendos juicios de unidad, ¿cuál es la relación que debe mediar entre ambos?

3. Mercado interior y mercados nacionales: ¿sustitución, coordinación o armonía?

Aunque no sea la postura compartida en este trabajo, lo cierto es que no han faltado autores que han querido ver en la configuración del mercado

interior la consiguiente desaparición del propio de los Estados miembros³⁶⁵. En efecto, si se atiende exclusivamente a la perspectiva regulatoria, da la impresión de que buena parte de las decisiones económicas principales que afectan a los Estados miembros se toman en el seno de la Unión Europea. Pareciera que la sinergia entre la primacía de las normas comunitarias y la consabida tendencia de los mercados al reconocimiento de un único centro efectivo de poder tuviera como resultado que la articulación de las relaciones entre el mercado interior y los propios nacionales en términos de sustitución³⁶⁶.

Sin embargo, la rotundidad de esta afirmación se desvanece cuando se valoran sus consecuencias. Afirmar el carácter sustitutivo del mercado interior viene a significar que el funcionamiento del modelo comunitario resulta equiparable al propio de cualquier sistema políticamente descentralizado, como pudiera ser el estadounidense³⁶⁷. Es más, cuando se realiza tal afirmación, lo

³⁶⁵ JOERGES, Christian: <<States without a market?...>>, *Ob. Cit.*, p. 9. El autor parte del carácter inseparable de los derechos constitucional y económico, pues una de las cuestiones esenciales a que debe enfrentarse un texto constitucional es la definición de la forma que adopte su economía. Como corolario de esta concepción, los avances en la creación del mercado europeo supondrían inevitablemente una mayor intervención comunitaria no sólo en la capacidad de actuación de los Estados, sino también en su propia identidad, hasta el punto de provocar la aparición de un Estado de mínimos. Esta perspectiva es compartida, a grandes rasgos, por Cassese, quien sostiene que la creación del mercado único determina de manera simultánea la pérdida de la identidad nacional del mercado y la progresiva sustitución del Estado por la Unión Europea. CASSESE, Sabino: *La nuova costituzione economica: lezioni*. Bari. Laterza, 2004.

³⁶⁶ No ha faltado, incluso, quien ha sostenido que la noción de “mercado” empleada en el ámbito comunitario tiene un significado propio, de carácter instrumental para la consecución de los fines –más amplios– de la Unión Europea. STREIT, Manfred. Y MUSSLER, Werner: <<The Economic Constitution...>>, *Ob. Cit.*, p. 25. Ambos autores incluyen una tercera causa que justificaría el creciente centralismo comunitario: la utilización de la Unión por parte de los gobiernos estatales para justificar la aprobación de determinadas medidas que resultan impopulares en el plano interno.

³⁶⁷ La existencia de una tendencia generalizada a la traslación hacia niveles supranacionales de partes de la soberanía económica y, en particular, de la función reguladora ha sido objeto de un buen número de trabajos académicos. En este sentido, la construcción de una red institucional de gobierno de la economía ha sido analizada con detalle en DI PLINIO, Giampiero: *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*. Milano. Giuffrè, 2005 p. 216. Dentro de la doctrina constitucional, no han faltado autores que advierten de las dificultades de incorporar este nuevo fenómeno en las estructuras clásicas de la disciplina. De este modo, la reforma constitucional llevada a cabo en 2011 para incluir en su artículo 135 el principio de estabilidad presupuestaria ha llevado a los profesores García Roca y Martínez Lago a reclamar la necesidad de nuevas categorías jurídicas que permitan explicar esta realidad de traslación al nivel comunitario de decisión de los aspectos más relevantes de la dirección política de la economía. GARCÍA ROCA, Javier y MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel: <<El impacto de la crisis en nuestras dos constituciones>>, en *Documentación Administrativa. Nueva época*, Núm. 1, 2014, p. 6. Y, desde una perspectiva más teleológica, el profesor Häberle denuncia la aparente incompatibilidad del “homo oeconomicus” con el Estado constitucional clásico. HÄBERLE, Peter: *Diritto costituzionale*

que se está diciendo es que las garantías sobre la integridad del espacio económico nacional han perdido su eficacia en beneficio de las propias del mercado interior. Y aún más, que los intereses de los Estados miembros dependen en gran medida de su capacidad para hacerlos valer en el proceso normativo comunitario y que existe un único *juicio de unidad*, monolíticamente definido por el Tribunal de Justicia de la Unión.

Sería posible continuar desgranando las consecuencias implícitas a la tesis de la sustitución, pero ya ha aparecido el que –en mi opinión– es el elemento clave que justifica su descarte: el *juicio de unidad*. No parece justificado hablar de una sustitución absoluta de los mercados nacionales en un modelo donde las “situaciones puramente internas” siguen conformando un ámbito de actuación ajeno a la jurisdicción del Tribunal de Justicia³⁶⁸. Al menos en las actividades económicas que tienen su origen y fin dentro del territorio nacional, las garantías jurídicas previstas en el artículo 139 de la Constitución mantienen su vigencia.

Descartada la sustitución, tampoco parece adecuado situarse en el extremo contrario tratando de justificar que el modelo europeo se limita únicamente a la coordinación de los espacios económicos nacionales. No es cuestión de insistir en un aspecto al que ya me he referido con anterioridad, pero la Unión Europea plantea una integración cualitativamente más intensa que la propia de otras experiencias basadas en el Derecho Internacional Público clásico.

Frente a este tipo de aproximaciones, el presente trabajo toma como punto de partida el carácter supranacional del modelo comunitario y la consiguiente necesidad de conciliación entre las supremacías que se encuentran en pugna dentro del mismo. Desde este enfoque, más próximo al carácter soberano de los Estados miembros³⁶⁹, el mercado nacional mantiene

nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità: convergenze e divergenze, Conferencia dictada en la Ciudad de México y Bolonia los meses de febrero y abril de 2004. Texto disponible en <https://goo.gl/NZWh82>

³⁶⁸ Sobre las mismas, *Vid. Infra.*, Epígrafe 5.

³⁶⁹ Conviene recordar que, en su Declaración Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, el intérprete supremo de la Constitución fijó la existencia un límite claro a la integración comunitaria en el necesario “respeto a la soberanía del Estado, de nuestras estructuras

su existencia, pero pierde su absoluta independencia, que pasa a convertirse en autonomía. Ni el legislador, ni los órganos jurisdiccionales son libres para desarrollar una política económica o un *juicio de unidad* en directa contradicción con el propio de la Unión Europea. De lo contrario, su propia conducta sería constitutiva de un obstáculo al mercado interior. La más elemental noción de cooperación leal lleva implícita la necesidad de compatibilidad en el funcionamiento de los ordenamientos³⁷⁰.

Esta estrategia de identidad en el resultado –y no tanto en el texto– requiere *dotar al juicio nacional sobre la unidad de mercado de un carácter necesariamente “integracionista”, abierto al control vigente en la esfera comunitaria*. De la integración en el proyecto europeo no se derivaría la sustitución del parámetro interno de control, pero sí la “comunitarización” de la unidad de mercado como límite a la actuación de los poderes públicos³⁷¹. La interpretación de las libertades económicas podrá variar de un Estado a otro, pero dentro de un margen de interpretación³⁷². Es por este motivo por el que he optado por referirme a los Estados miembros políticamente descentralizados como “modelos multiniveles de unidad de mercado”³⁷³: no es tanto que el artículo 139 de la Constitución deje de operar como marco de validez, cuanto que las libertades de circulación hayan de interpretarse de manera armónica. Es en este punto intermedio donde se ordena el presente trabajo. Cualquier otra opción –creo– empuja al referido conflicto de supremacías, bien bajo el

constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia” (FJ. 2), aspectos todos ellos que deben seguir siendo reconocibles a pesar de la integración comunitaria (FJ. 3).

³⁷⁰ Artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE): “Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados”.

³⁷¹ En este sentido, el voto particular formulado, en calidad de Presidente, por Casas Baamonde en la STC 173/2005, de 23 de junio. *Vid. Supra.*, Nota, 78. Y la misma postura parece ser sostenida por Ferreres Comella en su lectura de la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004. FERRERES COMELLA, Víctor: <<La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración del Tribunal Constitucional>>, en LÓPEZ CASTILLO, Antonio; SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro; y FERRERES COMELLA, Víctor: *Constitución española y Constitución europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004 de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 81 y ss.

³⁷² En ese sentido, la STJCE de 10 de febrero de 2009, *Comisión contra Italia*, Asunto C-110/05: “Dado que ese nivel (de garantía) puede variar de un Estado miembro a otro, es preciso reconocer a los Estados miembros un margen de apreciación...” (Ap. 65).

³⁷³ Sobre esta cuestión, *Vid. Supra.*, Capítulo I, pp. 37 y ss.

desplazamiento radical del juicio interno, bien bajo el riesgo de lecturas dispares, según que la circulación afectada sea intracomunitaria o intraestatal— que pongan en riesgo la aplicación uniforme de la normativa comunitaria.

Una vez aclarado en qué consiste el mercado interior comunitario y cuál es el modo en que —a mi juicio— se relaciona con los espacios económicos nacionales, se está en disposición de proceder a exponer las garantías propias de aquél y su incidencia sobre las previstas en el plano interno. De manera comprensible, el objeto de estudio invita a detenerse especialmente en los criterios manejados por el juzgador comunitario para controlar las medidas de los poderes públicos nacionales que resulten lesivas de la libre circulación intracomunitaria de mercancías. Como se ha expuesto, estos criterios habrán de inspirar el *juicio de unidad* de mercado aplicado por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Con todo, la vertiente positiva de la integración no resultará inédita. Siguiendo una estructura similar a la empleada en el Capítulo precedente, el análisis se inicia con una exposición —breve— de la dimensión normativa de la integración. A fin de cuentas, ésta define en negativo el ámbito de aplicación de *juicio de unidad* desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Resulta así que una imagen acertada del régimen jurídico del mercado nacional español precisa del análisis del sistema comunitario en su conjunto³⁷⁴.

4. La integración positiva

³⁷⁴ Sobre la relativización del concepto de soberanía hasta su conversión en algo similar a la distribución competencial, JACKSON, John: <<Sovereignty-Modern: a new approach to an outdated concept>>, en *American Journal of International Law*, 97(4), 2003, p. 790. En sentido similar, puede verse una sugerencia sobre el manejo de la competencia como concepto jurídico en lugar del propio de soberanía en GARCÍA ROCA, Javier: <<Estatalidad versus soberanía (Integración comunitaria y relaciones de competencia entre ordenamientos)>>, en PÉREZ CALVO, Alberto (Coord.): *Estado, Nación y Soberanía (Problemas actuales en Europa)*, Senado, Madrid, 2000, pp. 291–311.

Al rechazar la línea doctrinal que sostiene el desplazamiento de los espacios económicos nacionales por parte del más amplio mercado interior comunitario puse el acento en el carácter parcial del enfoque, puesto que el mismo desconocía la plena vigencia de los juicios de unidad de mercado que siguen siendo aplicados a nivel estatal. Sin separarme de esta postura, creo que ahora es preciso puntualizar que la tesis de la sustitución resulta más acertada para describir la situación que, desde la perspectiva de la integración positiva, ha venido produciéndose a partir de la aprobación del Acta Única Europea.

La experiencia de estos años de crisis económica ha puesto de manifiesto que la consolidación del proyecto de integración ha dado lugar al desarrollo de un importante número de políticas macroeconómicas comunitarias que condicionan de manera decisiva el desarrollo de las potestades estatales. Pues bien, si esta tendencia parece clara en un ámbito tan ligado a la soberanía como son las decisiones macroeconómicas, resulta sencillo hacerse una idea de que la incidencia del ordenamiento comunitario en el plano interno habrá de ser necesariamente más intensa en áreas menos sensibles de la armonización normativa, como la libre circulación de mercancías.

Parece evidente que un modelo orientado a la entrada incondicionada de productos en cerca de una treintena de países exige que se garanticen unos niveles esenciales comunes de seguridad que protejan a los destinatarios de los mismos. Y no lo es menos que corresponde a las normas comunitarias fijar cuál deba ser ese grado de protección. De todo esto resulta que si hay algún área donde la incidencia del ordenamiento comunitario ha repercutido de manera en el plano interno resulte especialmente intensa, esa es, sin lugar a dudas, la regulación técnica de los productos.

Ciertamente, el problema apuntado admite una pluralidad de estrategias de las que resultará un grado mayor o menor de libertad de acción para los Estados miembros. Podría ocurrir que el legislador comunitario optase por un modelo rígido donde los requisitos que deben cumplir los productos aparezcan

definidos en una norma comunitaria con pretensiones de uniformidad. Así ocurrió en la etapa precedente a la aprobación del Acta Única Europea –en el llamado “mercado común”, según se ha indicado más arriba–, cuando las tesis de la sustitución del mercado nacional por el comunitario parecían tener pleno sentido.

El escenario actual es bien diferente. Como es bien sabido, el modelo comunitario de libre circulación se ordena en torno al “principio de mutuo reconocimiento”, por el que los Estados vienen obligados, en determinadas circunstancias, a admitir los productos legalmente producidos en otro Estado miembro³⁷⁵. Sobre la base del mismo, el modelo debe ser capaz de admitir una multiplicidad de regulaciones nacionales diversas siempre que el nivel de protección que se derive de estas no resulte inferior al mínimo fijado en la norma europea³⁷⁶.

Pareciera que el razonamiento conduce necesariamente a reiterar la idea –expuesta más arriba– sobre el carácter no necesariamente uniforme, sino armónico, de los mecanismos de garantía para la integridad de los espacios económicos nacional y comunitario. Así como las libertades internas de circulación debían interpretarse a la luz de lo dispuesto por el Tribunal de Justicia, también las normas dictadas en el plano nacional resultan condicionadas por la actuación del legislador comunitario. Tampoco aquí ha acontecido un desplazamiento del mercado nacional por el propio de la Unión Europea.

En cualquier caso, sería erróneo asumir que esta lógica puede funcionar de manera similar en las dos dimensiones –positiva y negativa– de la integración. Determinar que una medida estatal obstaculiza de manera desproporcionada el acceso al mercado nacional de una mercancía foránea es una decisión que depende de un juicio esencialmente técnico cuya aplicación puede extrapolarse de manera relativamente sencilla a cualquiera de los

³⁷⁵ Este principio, de origen jurisprudencial, fue establecido tempranamente por el Tribunal de Justicia en las Sentencias de 2 de febrero de 1974, *Dassonville*, asunto 8/74; y de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*, asunto 120/78.

³⁷⁶ CRAIG, Paul: <<The evolution of...>>, *Ob. Cit.*, p. 25.

Estados miembros. Sobre este extremo se volverá al analizar el *juicio de unidad* desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por el contrario, la cuestión de la armonización supone enfrentarse a los problemas clásicos de la titularidad competencial y, en concreto, a la cuestión de la *pre-emption*. Que una norma comunitaria –dotada de efecto directo y primacía– desplaza a otra de carácter estatal dictada sobre el mismo objeto es algo que no ofrece dificultades. Pero sí lo hace tratar de determinar si dicho desplazamiento debe acontecer, por ejemplo, cuando los ámbitos materiales no son plenamente coincidentes, o cuando el conflicto no tiene lugar en una materia plenamente armonizada, pero existen indicios para pensar que el legislador comunitario no tenía intención de admitir ninguna regulación por parte de los Estados miembros. En fin, como se vio con ocasión del análisis del modelo norteamericano, los asuntos relativos a titularidad competencial suelen resultar acompañados de fuertes dosis de incertidumbre, por cuanto requieren valorar la voluntad del legislador³⁷⁷.

Sea como fuere, no es objeto de este trabajo realizar un análisis detallado del modo en que se ordenan las competencias normativas de la Unión Europea y los Estados miembros. Antes bien, lo que interesa es destacar que en los modelos multiniveles de unidad de mercado –como el español– el reparto interno de competencias deberá interpretarse a la luz de las actuaciones comunitarias³⁷⁸. Solo donde la potestad de intervención no ha sido atribuida con carácter exclusivo a la Unión y la intervención europea no ha agotado la materia queda espacio para el diseño de políticas nacionales y, por tanto, capacidad para intervenir en los requisitos de acceso al mercado nacional así como en su funcionamiento.

Con este objetivo, en las páginas siguientes se realiza una exposición de la tipología competencial incluida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. A pesar de su carácter puramente descriptivo, espero que la misma sirva como base para explicar un problema que ya ocupó buena parte del discurso sobre la lectura que el Tribunal Supremo norteamericano ha venido

³⁷⁷ Vid. *Supra.*, Capítulo II, pp. 67 y ss.

³⁷⁸ En este sentido, STC 13/1998, de 22 de enero, FJ 3.

realizando –especialmente a partir de 1937– de la dimensión positiva de la cláusula de comercio: la práctica imposibilidad de fijar parámetros jurídicos con los que identificar el alcance material de las competencias en conflicto³⁷⁹.

4.1 El reparto competencial europeo

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea satisfizo la vieja demanda de la doctrina acerca de la inclusión en el derecho originario de un elenco competencial que clarifique el reparto de poderes entre la Unión y sus Estados miembros. El nuevo texto define la tipología competencial e identifica las materias sobre las que se proyecta. Fuera de éstas, el principio de atribución da por supuesta la potestad de los Estados miembros³⁸⁰, lo que incluye la habilitación a estos para que adopten cualesquiera medidas de carácter ejecutivo³⁸¹.

4.1.1 Las competencias exclusivas

La distribución competencial prevista en el Tratado de Funcionamiento se inicia con la definición de las potestades de alcance exclusivo atribuidas a la Unión. La caracterización no difiere de la mantenida en los ordenamientos políticos descentralizados, de suerte que excluye cualquier intervención estatal, excepción hecha de las ya referidas actuaciones de ejecución. Únicamente la autoridad comunitaria puede legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en las materias incluidas en este tipo competencial³⁸².

De manera clara, los términos empleados en el texto señalan que las materias reservadas con carácter exclusivo a la unión no podrán ser objeto de tratamiento por parte de los Estados miembros, con independencia de que exista o no una actuación comunitaria previa³⁸³. Aun con todo, existen dos

³⁷⁹ *Vid. Supra.*, Capítulo II, pp. 90 y ss.

³⁸⁰ Art. 5.2 TUE.

³⁸¹ ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Sistema jurídico de la Unión Europea*. Cizur Menor. Thomson Civitas, 2010, p. 97.

³⁸² Art. 2.1 TFUE.

³⁸³ STJCE de 5 de mayo de 1981, *Comisión contra Reino Unido*. Asunto 804/79. Ap. 20. Por otra parte, la indisponibilidad de estas materias para las autoridades nacionales ha sido resaltado también con respecto al origen de la decisión. Así las cosas, la previsión de una competencia de carácter exclusivo desplaza la aplicación de los acuerdos internacionales

supuestos en los que los Estados miembros podrán realizar actuaciones unilaterales concretas sobre una materia comunitaria exclusiva.

El ordenamiento comunitario admite el ejercicio delegado de una competencia exclusiva siempre y cuando la cesión tenga carácter expreso³⁸⁴ y así lo aconseje la situación del Estado miembro³⁸⁵. El legislador interno podrá entonces adoptar las medidas que estime necesarias, respetando en todo caso los objetivos comunitarios vigentes en la materia delegada³⁸⁶ y cualesquiera otras condiciones fijadas en la habilitación³⁸⁷. Por lo demás, cualquier posible recuperación de la competencia por el Estado resulta descartada por la vigencia temporal de medida, que cesará en el momento en que se revoque la delegación, así como, principalmente, por la prohibición de que las autoridades nacionales realicen un ejercicio discrecional de la competencia³⁸⁸.

Por otra parte, la exclusividad competencial comunitaria conoce una segunda excepción en las actuaciones estatales derivadas de la inactividad de la Unión. Una suerte de *ultima ratio* que evita los problemas de desregulación derivados de la conjunción entre el silencio comunitario y la falta de habilitación estatal³⁸⁹. En todo caso, la excepcionalidad de la intervención estatal tiene aquí un carácter aún más acusado y plantea problemas en relación con las eventuales lagunas normativas voluntarias. Se explica así que el Tribunal de Justicia haya condicionado su invocación a la exigencia de que la inactividad comunitaria se acompañe de un riesgo probable de que se lesione un interés legítimo³⁹⁰. Por lo demás, el margen de decisión del legislador interno en estos casos sigue manteniendo su carácter limitado. Tanto que el Estado actúa como “depositario del interés común”³⁹¹, por lo que su actuación habrá de observar

suscritos por el Estado sobre la materia, (Dictamen 1/75, de 11 de noviembre de 1975, relativo a la competencia comunitaria en materia de política comercial) y puede determinar la postura estatal en el seno de una organización internacional (STJCE de 14 de julio de 1976, *Kramer*. Asuntos acumulados 3, 4 y 6/76. Aps. 44 y 45).

³⁸⁴ STJCE de 15 de diciembre de 1976, *Donckerwolcke*. Asunto 41/76. Aps. 28 y ss.

³⁸⁵ STJCE de 5 de marzo de 1986, *Tezi* contra Comisión. Asunto 59/84. Ap. 59.

³⁸⁶ STJCE de 12 de julio de 1979, *Grosoli*. Asunto 223/78. Ap. 7.

³⁸⁷ STJCE de 16 de enero de 2003, *Annie Pansard*. Asunto 265/01. Ap. 31.

³⁸⁸ STJCE de 12 de diciembre de 1973, *Grosoli*. Asunto 131/73. Ap. 8.

³⁸⁹ ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Sistema Jurídico...*, Ob. Cit., p. 95.

³⁹⁰ STJCE de 5 de mayo de 1981, *Comisión contra Reino Unido*. Asunto, 804/79. Aps. 21 y ss.

³⁹¹ Ídem. Ap. 30.

las reglas procesales comunitarias³⁹² y, si fuera necesario, deberá ser el resultado de un proceso de colaboración con la Comunidad³⁹³. En otras palabras, tampoco sería correcto hablar aquí de una recuperación de la competencia por parte de los Estados miembros, sino de una subrogación autorizada en la posición de la Unión y, como tal, controlable desde el parámetro comunitario.

En resumen, allí donde el Tratado de Funcionamiento atribuye a la estructura comunitaria una competencia de carácter exclusivo, la capacidad regulatoria de los Estados miembros resulta desplazada de manera absoluta. En consecuencia, dentro de este núcleo central del poder comunitario carece de sentido plantearse la posible concurrencia de normas estatales y comunitarias.

4.1.2 Las competencias compartidas. Excurso sobre la aplicación de la doctrina de *pre-emption* en el ordenamiento comunitario

La identificación de espacios abiertos al ordenamiento jurídico nacional encuentra mayores facilidades en las materias sujetas a compartición competencial, pues las mismas admiten la adopción de leyes y actos jurídicamente vinculantes por sendos niveles de gobierno³⁹⁴. En cualquier caso, ambos agentes normativos no se relacionan en términos de igualdad, sino que la actuación del legislador interno viene condicionada por la propia del nivel comunitario. Así las cosas, “los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no ha ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la misma”³⁹⁵.

³⁹² STJCE de 10 de julio de 1980, *Comisión contra Reino Unido*. Asunto 32/79. Ap. 15.

³⁹³ STJCE de 5 de mayo de 1981, *Comisión contra Reino Unido*. Asunto 804/79. Ap. 30.

³⁹⁴ Art. 2.2 TFUE.

³⁹⁵ Ídem.

Este artículo da entrada en el ordenamiento comunitario a la doctrina de la *pre-emption*³⁹⁶, característica de los sistemas descentralizados de tradición anglosajona según se vio con ocasión del análisis del ordenamiento jurídico norteamericano³⁹⁷. Entonces no juzgué necesario detenerme en su estudio, porque el mismo parecía de escasa utilidad para el trabajo³⁹⁸. Ahora, este análisis parece ineludible por cuanto el alcance del desplazamiento provocado por la norma comunitaria definirá en buena medida la aplicabilidad de las normas dictadas por el legislador nacional. Especialmente si se tiene en consideración la inclusión del mercado interior dentro del listado de materias sujetas a esta técnica de distribución competencial³⁹⁹.

En términos generales, la técnica de la *pre-emption* admite tres interpretaciones posibles⁴⁰⁰. La primera de ellas –“*field pre-emption*”– supone aproximarse a esta doctrina desde la lógica propia de la concurrencia imperfecta, de manera que, una vez acaecida la acción comunitaria, la capacidad normativa del Estado quede automáticamente excluida en términos absolutos⁴⁰¹. En otras palabras, bajo esta lectura, la irrupción comunitaria en una materia determina en todo caso la incompetencia estatal y desplaza toda regulación interna, al menos hasta que la Unión decida abandonar su

³⁹⁶ En este sentido, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, pp. 55 y ss. También DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *El sistema europeo de distribución de competencias. Garantías políticas y garantías jurídicas de un ámbito propio de decisión de los Estados miembros de la Unión Europea*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 138.

³⁹⁷ Vid. *Supra.*, Capítulo II, pp. 48 y ss.

³⁹⁸ En opinión de Arena, existen, al menos, dos diferencias estructurales que impiden extrapolar la doctrina norteamericana de la *pre-emption* a la esfera comunitaria. En primer lugar, el ordenamiento jurídico norteamericano parte de una distribución vertical del poder basada en la soberanía dual, conforme a la cual cada uno de los niveles de gobierno cuenta con unas competencias más o menos precisas. Por el contrario, la articulación del poder en el ámbito comunitario resulta menos precisa: las competencias de la Unión Europea aparecen ligadas a la consecución de un objetivo, como es el mercado interior. De otra parte, en el sistema norteamericano las competencias de la Federación tienen un carácter pleno. Aunque a raíz de la crisis constitucional de 1937 el federalismo norteamericano haya avanzado en términos de cooperación, ni la aplicación práctica de las competencias federales precisa de la participación de los Estados, ni el Tribunal Supremo admite actualmente las técnicas de *commandeering*. Frente a esta situación, el modelo comunitario conforma un modelo clásico de federalismo cooperativo. ARENA, Amedeo: *The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen*, Jean Monnet Working Paper, New York University, 2010, Ob. Cit., pp. 13 y ss.

³⁹⁹ Art. 4.2 a) TFUE.

⁴⁰⁰ ARENA, Amedeo: *The Doctrine of...*, Ob. Cit., pp. 29 y ss.

⁴⁰¹ Tomo el concepto de MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Tomo I, Iustel, Madrid, 2007, pp. 416 y 417.

regulación. Y ello con independencia del carácter general o específico de la actuación comunitaria.

Parece claro que esta interpretación opta por reforzar de manera notable el rol de las instituciones comunitarias para la conformación del mercado interior. En realidad, admitirla supone dotar de provisionalidad a la totalidad de las competencias compartidas, pues equivale a reconocer una potestad exclusiva de carácter potencial o con un efecto derogatorio aplazado al momento del futuro empleo de la competencia comunitaria⁴⁰². En sentido contrario, la capacidad de intervención del legislador interno queda fuertemente constreñida y el reparto europeo queda definido en términos de alteridad: la regulación de una materia podrá proceder únicamente de uno de los niveles de gobierno.

Si se valora con calma, esta manera de interpretar la *pre-emption* enlaza con la lectura que el Tribunal Supremo norteamericano efectuó de la cláusula de comercio durante la vigencia del federalismo dual en las primeras décadas del siglo XX⁴⁰³. Como entonces, hay que anotar en su haber su indudable eficacia para proteger el ámbito de actuación de alguno de los niveles de gobierno a través de la restricción del que parece más proclive a la expansión, en este caso, el conformado por los Estados miembros soberanos. Pero, como ocurrió en aquél modelo, la interdependencia de los intereses comunitarios y nacionales hace inoperativa esta técnica. Máxime si se tiene presente que estamos ante un ordenamiento internacional conformado por Estados soberanos. Si no se desea que el modelo avance hacia una continuada fragmentación de las materias competenciales en realidades más específicas,

⁴⁰² En este sentido, SCHÜTZE, Robert: <<Supremacy without Pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community Pre-emption>>, en *Common Market Law Review*, 43, 2006, p. 1035. Por su parte, Jacobs y Karst emplean el término *pre-emption* "para referirse a los casos donde los Estados resultan desplazados en la regulación, no porque la legislación pueda entrar en conflicto con el derecho comunitario, sino porque la competencia en cuestión es exclusivamente comunitaria". JACOBS, Francis y KARST, Kenneth: <<The Federal Legal Order, The U.S.A. and Europe compared: A juridical perspective>>, en CAPPELLETTI, Mauro, *et al.*, (Eds.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*. Volumen. 1, Walter de Gruyter, Berlin y Nueva York, 1986, p. 237.

⁴⁰³ *Vid. Supra.*, Capítulo II, pp. 68 y ss. Sobre la vigencia de esta concepción mientras se mantuvo la naturaleza iusinternacionalista de la Comunidad, WAELBROECK, Michel: <<The emergent doctrine of Community Pre-emption – Consent and Re-Delegation>>, en SANDALOW, Terence y STEIN, Eric (Eds.): *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 551.

parece que el efecto sustitutivo de la actuación estatal debe limitarse a los aspectos materiales concretos en los que exista un solapamiento normativo. La *pre-emption* comunitaria debe tener un carácter necesariamente relativo⁴⁰⁴.

En el otro extremo, el desplazamiento de las normas nacionales puede quedar reducido a su mínima extensión cuando se hace depender de la existencia de un conflicto normativo expreso con la disposición comunitaria. Esta segunda línea de interpretación –“*rule pre-emption*”– atribuye los órganos jurisdiccionales la labor de circunscribir en la medida de lo posible el alcance del conflicto, procurando una interpretación conforme que salve la aplicabilidad del mayor número posible de preceptos⁴⁰⁵. Supone, en el fondo, plantear la relación competencial entre la Unión y los Estados desde la lógica de la concurrencia perfecta, de manera que la acción de aquélla no impide por sí misma la actuación posterior de los Estados⁴⁰⁶.

No cabe duda de que este enfoque permite limitar la antinomia a sus justos términos, de manera que los intereses comunitarios no determinen un sacrificio excesivo para la instancia nacional de gobierno. Además, el enfoque permite modular el alcance de la primacía a través del empleo de la técnica *pre-emption*. Al identificar de forma más concreta los espacios concretos de superposición normativa, la técnica confiere al margen de actuación estatal un

⁴⁰⁴ GOUCHA SOARES, António: <<Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity>>, en *European Law Review*, Núm. 23, 1998, p. 139.

⁴⁰⁵ Una interpretación de este tipo puede encontrarse en la resolución del caso *Gallagher*. Al analizar la validez de una norma estatal que imponía que las cajetillas de tabaco debían incluir una advertencia sanitaria de un tamaño superior al mínimo fijado en la Directiva comunitaria correspondiente, el Tribunal declaró que “La expresión “al menos” contenida en los citados artículos debe interpretarse en el sentido de que, si lo consideran necesario, los Estados miembros tienen libertad para decidir destinar un espacio mayor a dichas menciones y advertencias, habida cuenta del nivel de sensibilización de la opinión pública acerca de los riesgos para la salud relacionados con el consumo de tabaco”. STJUE de 22 de junio de 1993, *The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte Gallaher Ltd., Imperial Tobacco Ltd. And Rothmans International Tobacco (UK) Ltd.* Asunto C-11/92. FALTA EL FUNDAMENTO

⁴⁰⁶ VON BOGDANDY, Armin y BAST, Jürgen: <<El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma>>, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y ALONSO GARCÍA, Ricardo (Dirs.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea, Seminario Internacional organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2001*, Madrid. Civitas, 2002, p. 30. En la misma obra, DíEZ-HOCHLEITNER, Javier: <<El futuro del sistema competencial comunitario: algunas propuestas de reforma>>, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y ALONSO GARCÍA, Ricardo (Dirs.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea, Seminario Internacional organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2001*, Madrid. Civitas, 2002, p. 89.

carácter maleable, más o menos intenso en atención a las necesidades del proyecto europeo⁴⁰⁷.

Sin embargo, este tipo de aproximaciones no está desprovista de problemas, especialmente en lo relativo a su potencial solapamiento con el principio de primacía de las normas comunitarias. No en balde, éste supone precisamente el desplazamiento de la normativa estatal en los supuestos de coincidencia normativa⁴⁰⁸. Dicho de forma sencilla, la *rule pre-emption* podría acusar un carácter vacuo si fuese admitida sin matizaciones, pues supondría una simple reiteración del principio de primacía de las normas comunitarias en el ámbito de las competencias compartidas. Lejos de ello, la doctrina ha apuntado que la relación entre *pre-emption* y primacía se ordena en términos de sucesión lógica: aquélla constituye un presupuesto procesal para el empleo de esta regla de resolución de conflictos⁴⁰⁹.

Sea como fuere, no es infrecuente que el Tribunal de Justicia abandone sus pretensiones de precisión en la identificación de los conflictos y utilice un criterio de tipo finalista para desplazar las regulaciones nacionales que pueden afectar al funcionamiento del mercado interior, incluso cuando la materia afectada no ha sido regulada de manera exhaustiva por el legislador comunitario⁴¹⁰. Acoge entonces un tercer tipo de aproximación a la doctrina del desplazamiento normativo –“*obstacle pre-emption*”– donde el conflicto no se produce en relación con el texto de la norma comunitaria, sino con el concepto

⁴⁰⁷ Así, la aprobación de una normativa comunitaria que tenga pretendidamente un carácter exhaustivo impide la de manera absoluta cualquier intervención por el legislador estatal, incluso las de carácter complementario. En este sentido, STJCE de 13 de diciembre de 1983, *Apple and Pear Development Council v. K. Lewis Ltd. and others*. Asunto 222/82. Ap. 23.

⁴⁰⁸ En este sentido, Martín y Pérez de Nanclares, para quien la *pre-emption* determina que “los Estados están habilitados para ejercer competencias compartidas mientras la Comunidad no ejerza la suya”. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, Javier: <<La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia>>, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 12, 2002, p. 356. En sentido similar, Krislov, Ehlermann y Weiler equiparan la *pre-emption* con un principio que excluye la aplicación de la regulación estatal en los ámbitos donde la Unión ha ejercido, de manera efectiva o potencial, su potestad regulatoria. KRISLOV, Samuel; EHLERMANN, Klauss Diettel; y WEILER, Joseph: <<The Political Organs and the Decision-Making Process in the United States and the European Community>>, en CAPPELLETTI, Mauro *et. al.*, (Eds.), *Integration through Law... Ob. Cit.*, Vol. 2, p. 90.

⁴⁰⁹ CROSS, Eugene: <<Pre-emption of member state law in the European Economic Community: a framework for analysis>>, en *Common Market Law Review*, 29, 1992, p. 453.

⁴¹⁰ En este sentido, la STJCE de 25 de marzo de 2004, *Industrias de Deshidratación Agrícola SA v. Administración del Estado*. Asunto C-118/02. Ap. 20.

más abstracto del “esquema regulatorio” comunitario, cuyos objetivos podrían verse impedidos si se admitiera la actuación estatal⁴¹¹. El riesgo, claro está, radica en la potencial expansión del efecto de desplazamiento a resultas de la vaguedad de este parámetro. Visto así, se trata de una situación confusa en la que no es necesario que las instituciones comunitarias hayan ejercido su competencia para que la norma estatal resulte afectada, por lo que el Tribunal de Justicia habrá de ser especialmente prudente en la interpretación de los objetivos y estructura regulatoria comunitaria⁴¹².

4.1.3 Las competencias de apoyo y coordinación

El esquema competencial comunitario se cierra con la habilitación a la Unión para la adopción de medidas orientadas a “apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros”⁴¹³ en determinadas materias.

Al margen de las diferencias entre los tres tipos de acción previstos en la norma, es evidente que el empleo de esta técnica define el mayor margen estatal de actuación de cuantos se han visto hasta el momento. En primer lugar, porque la regulación de las materias sujetas a la misma corresponde al legislador nacional, mientras que la intervención comunitaria queda circunscrita a determinados aspectos que, por su dimensión supraestatal, exceden del alcance de aquél⁴¹⁴. En segundo lugar, porque, además, el propio texto se encarga de dejar claro el carácter residual de la participación europea, que no puede sustituir la competencia de los Estados, ni realizar una armonización encubierta⁴¹⁵.

De lo expuesto se infiere que el orden competencial interno resulta plenamente aplicable, manteniéndose inalterado salvo en lo relativo a facetas

⁴¹¹ STJCE de 30 de noviembre de 1978, *Francesco Bussone contra Ministero Italiano de Agricoltura*. Asunto 31/78. Aps. 15 y 16.

⁴¹² SCHÜTZE, Robert: <<Supremacy without Pre-emption?...>>, *Ob. Cit.*, p. 1041. También, GOUCHA SOARES, António: <<Pre-emption, Conflicts...>>, *Ob. Cit.*, p. 138.

⁴¹³ Art. 2.5 TFUE.

⁴¹⁴ HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de competencias...*, *Ob. Cit.*, p. 98.

⁴¹⁵ Art. 2.5 TFUE *in fine*: “(...) Los actos jurídicamente vinculantes de la Unión adoptados en virtud de las disposiciones de los Tratados relativas a esos ámbitos no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.”

muy concretas ligadas con la necesaria coherencia del sistema comunitario. Todo ello debería llevar a suponer, de seguirse la tesis de la sustitución del mercado nacional, que las materias incluidas en esta técnica de distribución competencial son las únicas en las que los Estados miembros mantienen su capacidad para la definición de políticas económicas de alcance general. Lejos de ello, ya se ha apuntado que este trabajo se funda en la necesidad de armonía en el funcionamiento del mercado interior y de los propios de los Estados miembros. Ni siquiera en estos ámbitos puede considerarse que el margen de decisión de los Estados miembros tenga carácter absoluto, pues sigue rigiendo la obligada coordinación de las políticas económicas prevista en el Tratado de Funcionamiento⁴¹⁶.

4.2 Los principios ordenadores de las competencias atribuidas a la Unión como límite al carácter expansivo del poder comunitario

La exposición anterior pretendía poner de manifiesto la intensa relación que existe entre los ámbitos competenciales atribuidos a la Unión Europea y los propios de los Estados miembros. En concreto, la previsión del mercado interior como una materia sujeta a un régimen de competencia compartida y, en consecuencia, dotada de la maleabilidad que resulta de la doctrina de la *pre-emption* comunitaria sitúa la vertiente positiva de la unidad económica –el principio de dirección de la política económica– en una suerte de concurrencia perfecta entre ambos niveles –comunitario y estatal– de gobierno.

La situación resulta esencialmente similar a la expuesta de los Estados Unidos tras la crisis constitucional de 1937. Entonces se comprobó que el sistema federal había tendido a reforzar las garantías políticas de la unidad económica⁴¹⁷. Ahora es momento de comprobar si el modelo comunitario ha seguido una estrategia similar, de manera que la protección de los intereses legítimos de los Estados miembros ha dejado de ser una cuestión interna para pasar a discutirse en el escenario europeo.

⁴¹⁶ Artículo 2.3 TFUE: “Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas y de empleo según las modalidades establecidas en el presente Tratado, para cuya definición la Unión dispondrá de competencia.”

⁴¹⁷ Sobre esta cuestión, *Vid. Supra.*, Capítulo II, pp. 90 y ss.

En cualquier caso, conviene no perder de vista que, como se ha apuntado en numerosas ocasiones, la definición de las condiciones en que debe desarrollarse la actividad económica –integración positiva– es un problema cualitativamente distinto al de la integridad del espacio económico, de manera que el discurso seguido a lo largo del trabajo podría continuar sin haber incluido esta parte. Si se ha juzgado conveniente hacerlo, ha sido por la conveniencia de mantener la coherencia con respecto a la estructura de los capítulos relativos a las experiencias constitucionales estadounidense y española.

En una y otra, la referencia al control de la titularidad jurisprudencial resultaba justificada por la confusión que sus jurisprudencias constitucionales mostraban a la hora de conformar un *juicio de unidad* en sentido propio. Este problema no es predicable de la Unión Europea, donde la existencia de un tercer nivel de gobierno en los Estados miembros políticamente descentralizados y el carácter incompleto de la integración, tienen como corolario la necesidad de mantener un control jurisdiccional estricto sobre las medidas nacionales que puedan obstaculizar el tráfico intracomunitario.

Visto así, no puede extrañar que el espacio dedicado a esta cuestión sea necesariamente breve. Me referiré únicamente a la validez de la base jurídica como posible criterio limitador del alcance expansivo de las competencias comunitarias compartidas. También a la operatividad de los diferentes principios sustantivos –subsidiariedad, proporcionalidad y cooperación leal–, sin los cuales el Tribunal de Justicia no podría realizar un control efectivo de los actos provenientes del nivel comunitario.

4.2.1 Los límites a la libertad de elección de la base jurídica aplicable

En tanto que organización de carácter supranacional, el principio de atribución obliga a las autoridades comunitarias a fundamentar sus actuaciones en un título habilitante expreso, de forma que la inobservancia de este requisito determinará automáticamente la nulidad de la medida sin que sea preciso

detenerse en el análisis de cualquier aspecto material⁴¹⁸. Por más que un número significativo de las competencias atribuidas al legislador comunitario aparezcan definidas en atención a la consecución de un determinado objetivo – principalmente, el mercado interior– no sería correcto concluir que el ordenamiento jurídico europeo se encuentra fundado en una doctrina de los poderes implícitos semejante a la que resulta propia de los Estados Unidos⁴¹⁹.

Desde esta óptica, el escrutinio de las actuaciones comunitarias por parte del Tribunal de Justicia arranca necesariamente de un control sobre la base jurídica invocada, especialmente en los supuestos en los que el carácter transversal de la materia permitiría su justificación desde una pluralidad de ellas. Aunque la precisión puede sorprender cuando es vista desde la lógica de la distribución del poder entre la Unión y los Estados miembros, lo cierto es que resulta plenamente coherente cuando se valora a la luz de la variedad de procedimientos normativos existente en el ámbito comunitario.

En el fondo, lo que esta línea jurisprudencial apunta es que el modelo propuesto no puede funcionar bajo la lógica de un federalismo dual en el que los ámbitos nacional y comunitario constituyen compartimentos estancos. Antes bien, si –como se ha visto– las potestades reconocidas a cada uno se encuentran entrelazadas, la selección del procedimiento a seguir para la creación de la norma resultará decisiva, por cuanto los intereses nacionales no resultan igualmente protegidos en cada uno de estos. En otras palabras, el reparto horizontal del poder dentro de la Unión habrá de ser garantizado a un nivel equivalente al propio vertical⁴²⁰.

El corolario de lo anterior no puede ser otro que la negativa a que el órgano comunitario pueda disponer de margen alguno de discrecionalidad en el momento de elegir la base jurídica de su actuación. De ahí que, cuando pueda acudir a distintos títulos, haya de optar siempre por aquél que presente un

⁴¹⁸ Artículo 4.1 TUE: “(...) toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.”

⁴¹⁹ El artículo 3.6 TUE es claro con respecto a esta exclusión: “La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados”. Sobre la doctrina de los poderes implícitos en el ámbito norteamericano, *Vid. Supra.*, Nota 118.

⁴²⁰ STJCE de 6 de mayo de 2008, *Parlamento contra Consejo*. Asunto 133/06. Ap. 57.

carácter preponderante⁴²¹ y justificar su elección en criterios objetivos susceptibles de control⁴²².

En cualquier caso, la aplicabilidad de esta exigencia en sede judicial no lo convierte en un límite efectivo al carácter expansivo de las competencias comunitarias. La validez del título habilitante constituye un requisito puramente formal cuya única función estriba en indicar que la regulación de la materia puede provenir del nivel europeo de gobierno, pero no prejuzga ni la existencia de otros títulos competenciales, ni la intensidad de la actuación. Salvo en supuestos flagrantes, no parece que el juez comunitario pueda preferir una base jurídica específica que impida *ab initio* la intervención comunitaria frente a otra igualmente legítima y de ámbito más amplio. Especialmente cuando la propia lógica del modelo comunitario tiende a favorecer la aproximación de las regulaciones nacionales. En mi opinión, la utilización autónoma del criterio sobre la base jurídica aplicable podrá ser útil para filtrar los –escasos– supuestos en que la incompetencia comunitaria resulte manifiesta. Pero, fuera de esta función como línea roja de garantía, no aporta nada al análisis del contenido de la actuación.

En tanto que los aspectos sustantivos guardan relación con el alcance e intensidad de la norma, su control parece discurrir más en la línea de cuestiones tales como la conveniencia de que la actuación proceda del nivel europeo de gobierno –principio de subsidiariedad–, su justificación para la consecución de un interés legítimo –principio de proporcionalidad– y, en menor medida, el respeto a los intereses de los Estados miembros –principio de cooperación leal–. Cada uno en sus términos, estos tres principios institucionales ponen coto al alcance de las actuaciones comunitarias y ordenan la relación entre las esferas estatal y europea de poder político.

⁴²¹ ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Sistema Jurídico... Ob. Cit.*, p. 107.

⁴²² Especialmente el objeto y contenido de la medida. STJCE de 4 de octubre de 1991, *Parlamento contra Consejo*. Asunto 70/88. Ap. 9.

4.2.2 El principio de subsidiariedad

A semejanza de los sistemas federales, el ordenamiento comunitario identifica la organización territorial más próxima al destinatario de la medida como el nivel idóneo para su adopción⁴²³. Resulta así que la subsidiariedad circunscribe la acción comunitaria a los supuestos en que los objetivos propuestos son inalcanzables para los Estados miembros o pueden lograrse mejor a escala europea⁴²⁴. El principio constituye, por tanto, un criterio ordenador de las intervenciones acaecidas en las materias en las que tanto el nivel estatal como el europeo resultan competentes: la Unión suple la insuficiencia de acción por parte de los Estados miembros.

No obstante lo anterior, la previsión no se ha traducido en una preferencia por la acción de los Estados miembros en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Como ocurre con la elección de la base jurídica, la aplicación de la subsidiariedad en sede judicial se ha mostrado como un mecanismo insuficiente por sí mismo para corregir los excesos en el ejercicio de las competencias comunitarias.

A este resultado ha contribuido la vaguedad con la que el principio de subsidiariedad se encuentra recogido en el Tratado. Al definir la posibilidad de intervención comunitaria en términos de que “los objetivos de la acción (...) *puedan alcanzarse mejor*, (...), a escala de la Unión”, el texto convierte el mercado interior en un criterio hermenéutico del alcance de la medida, introduce un componente altamente valorativo en su juicio y desvirtúa, en fin, la función de control por parte del Tribunal de Justicia⁴²⁵. Desprovisto de un

⁴²³ La importancia del principio de subsidiariedad en la jurisprudencia comunitaria resulta patente a tenor del elevadísimo número de trabajos científicos sobre la misma. En este sentido, un estudio sobre la potencialidad del mismo como límite a las competencias comunitarias en SCHILLING, Theodor: *Subsidiarity as a rule and a principle or taking subsidiarity seriously*, Harvard Jean Monnet Working Paper 10/95, Harvard Law School, Cambridge.

⁴²⁴ Artículo 5.3 TUE. De manera más amplia, Edwards defiende la aplicabilidad del principio de subsidiariedad tanto al momento del ejercicio competencial como al propio de su atribución. EDWARDS, Denis: <<Fearing federalism’s failure... >>, *Ob. Cit.*, p. 543.

⁴²⁵ En este sentido, GIL-ROBLES GIL-DELGADO, José María: <<El principio de subsidiariedad en la construcción europea>>, en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 2, 1993, p. 17; DAVIES, Gareth: <<Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time>>, en *Common Market Law Review*, 43(63), 2006, pp. 67 y 68; SÁNCHEZ RUIZ, Ana: *Federalismo e integración europea. La distribución de competencias en los sistemas alemán y comunitario*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 83; ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch,

criterio claro⁴²⁶, no puede extrañar que el juez europeo eluda la realización de un juicio de oportunidad, validando la decisión de la institución actora sin mayores requisitos que la comprobación por parte de ésta del carácter más adecuado de su intervención⁴²⁷. La solución contraria no solo resultaría difícil desde un punto de vista técnico. También desde la lógica de la interpretación normativa, que exige el mantenimiento en la medida de lo posible de los productos normativos emanados de un representante democrático. No parece que el carácter indirecto de la representatividad comunitaria deba ser decisivo a estos efectos.

Visto en términos generales, el principio de subsidiariedad se entiende satisfecho con la inclusión en el texto de las razones que justificaron su adopción por el legislador comunitario⁴²⁸ o incluso con la simple referencia al mismo⁴²⁹. Exactamente la misma situación que, en el ámbito constitucional norteamericano, ocasionaba la doctrina del *rational basis test*⁴³⁰ para la interpretación del poder comercial del Congreso, de suerte que una vez conocidos los motivos de la intervención, no compete al órgano judicial valorar su oportunidad⁴³¹.

FOSSAS ESPADALER, Enric; y CABELLOS Miguel Ángel: <<El principio de subsidiariedad en la Unión Europea>>, en ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch, FOSSAS ESPADALER, Enric; y CABELLOS Miguel Ángel: *El principi de subsidiarietat a la Unió Europea. La seva consagració en el Tractat per qual s'estableix una constitució per a Europa i les perspectives per a les regions amb poders legislatius i, en especial, per als seus parlaments*, Barcelona. Parlament de Catalunya, 2005, pp. 61 y ss.; HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de competencias...*, Ob. Cit., p. 126, y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *El sistema europeo...*, Ob. Cit., p. 158.

⁴²⁶ HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de competencias...*, Ob. Cit., p. 132.

⁴²⁷ Por todas, STJCE de 13 de mayo de 1997, *Alemania contra Parlamento y Consejo Europeos*. Asunto 233/94. Ap. 27. También STJCE de 12 de noviembre de 1996, *Reino Unido contra Consejo*. Asunto 84/94. Ap. 47.

⁴²⁸ *Ídem*. Ap. 28.

⁴²⁹ HUICI SANCHO, Laura: <<La interpretación del principio de subsidiariedad por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas>>, en OLESTI RAYO, Andreu (Coord.): *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2010, p. 81.

⁴³⁰ Sobre esta técnica, *Vid. Supra.*, Capítulo II, pp. 98 y ss.

⁴³¹ No puede desconocerse que buena parte de la doctrina científica ha realizado una lectura de la aplicación del principio de subsidiariedad en términos de la vigencia de la "doctrina de los actos de gobierno" a nivel comunitario. Por todos, RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: <<La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas>>, en VV.AA.: *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1993, pp. 248-249.

Comparto, no obstante, la valoración negativa de este enfoque realizada por Edwards. Para este autor, la "doctrina de los actos de gobierno" no puede encontrar aplicación en el ámbito

Dicho de manera más sencilla, el principio de subsidiariedad se reduce hoy a un deber formal de motivación, expresa o tácita, de los actos comunitarios⁴³². Más que un límite, este principio constituye un elemento expansivo de la acción europea, legitimando las intervenciones orientadas a apoyar a los Estados miembros cuando éstos no puedan conseguir por sí mismos el objetivo pretendido⁴³³.

Con todo, sería exagerado concluir que la subsidiariedad no limita en modo alguno el ejercicio de las potestades comunitarias. Las críticas a su eficacia se centran únicamente a las pretensiones de su aplicación en sede judicial. Por su carácter inconcreto, la subsidiariedad no puede operar como una estricta regla jurídica. Es un principio general⁴³⁴, una lógica inherente a los ordenamientos de corte federal inevitablemente ligada a los valores de democracia y diversidad⁴³⁵ o una regla de prudencia⁴³⁶ llamada a garantizar

comunitario, pues se trata de una construcción jurisprudencial diseñada para su aplicación en un ordenamiento jurídico donde todas las actuaciones públicas resulten susceptibles de control judicial. No ocurre así en el orden europeo, donde determinados ámbitos materiales resultan vedados a la intervención del Tribunal de Justicia. EDWARDS, Denis: <<Fearing federalism's failure...>>, *Ob. Cit.*, pp. 553 y ss.

⁴³² RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Myriam: <<Subsidiariedad, nuevos intérpretes, nuevas interpretaciones>>, en MATIA PORTILLA, Francisco Javier (Dir.): *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*. Granada, Comares, 2009,; DE BÚRCA, Gráine: <<Legal principles as an instrument of differentiation? The principles of proportionality and subsidiarity>>, en DE WITTE, Bruno *et al.*, (Eds.): *The Many Faces of Differentiation in EU Law*. Nueva York. Intersentia, 2001, p. 133, ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch, FOSSAS ESPADALER, Enric; y CEBALLOS Miguel Ángel: *El principio de subsidiariedad...*, *Ob. Cit.*, p. 62-63, y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás *El sistema europeo...*, *Ob. Cit.*, p. 162.

⁴³³ CAROZZA, Paolo: <<Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law>>, *American Journal of International Law*, 97(38), 2003, p. 44. En sentido crítico, para Davies la subsidiariedad puede interpretarse como un concepto centralizador o intolerante, que silencia y niega la independencia de los objetivos del nivel inferior. De ahí que la califique como "un concepto inútil". DAVIES, Gareth: <<Subsidiarity: the wrong idea...>>, *Ob. Cit.*, pp. 78 y 80.

⁴³⁴ En este sentido, Carozza recuerda que "la subsidiariedad es un principio general, no una regla clara. (...) dentro de los usos de la subsidiariedad en el derecho y la política de la Unión Europea, no es un concepto suficientemente definido como para resolver por sí mismo los complejos y multifacéticos asuntos de unidad y pluralismo que subyacen en él". CAROZZA, Paolo: <<Subsidiarity as a structural...>>, *Ob. Cit.*, p. 79.

⁴³⁵ Para García Roca: "La subsidiariedad juega siempre de abajo hacia arriba y no a la inversa, pues de otro modo el interés europeo siempre produciría una ablación del interés nacional, y éste del interés regional, y éste a su vez del interés local; la articulación de gobiernos multiniveles reclama ir subiendo lentamente desde el peldaño de la Administración más cercana al ciudadano". GARCÍA ROCA, Javier: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Cizur Menor: Civitas, 2010, pp. 97 y 98.

⁴³⁶ En este sentido, la intervención de Jean-Claude Juncker, en las Jornadas de Estudio sobre el principio de proporcionalidad celebradas en Londres entre los días 7 y 11 de septiembre de 1992. Tomo la cita de GIL-ROBLES GIL-DELGADO, José María: <<El principio de subsidiariedad...>>, *Ob. Cit.*, p. 24, nota 44.

que las decisiones se adoptan en la instancia más cercana posible al ciudadano o, al menos, a permitir a éste identificar el nivel de gobierno responsable de la actuación⁴³⁷. Desde esta perspectiva, el principio de subsidiariedad constituye ante todo una garantía política del reparto vertical del poder que habrá de inspirar todo el proceso de elaboración normativa comunitaria, desde el proyecto hasta la publicación de la disposición⁴³⁸. Por todo ello, el margen de actuación de los Estados miembros dependerá de la habilidad que en cada momento demuestren sus representantes políticos.

4.2.3 El principio de proporcionalidad

Parece lógico pensar que el carácter supletorio de la acción comunitaria en determinadas materias precisa de una prohibición complementaria en el sentido aquélla no exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados⁴³⁹. El doble juego de la subsidiariedad y la proporcionalidad debería llevar entonces a que las intervenciones europeas acontezcan únicamente en defecto de las propias de los Estados miembros y solo con la intensidad adecuada para el logro del fin propuesto. De ser cierto, la introducción del principio de proporcionalidad confiere al Tribunal de Justicia un instrumento relativamente cierto para la depuración de las actuaciones carentes de la coherencia necesaria entre los fines perseguidos y la medida adoptada.

⁴³⁷ EDWARDS, Denis: <<Fearing federalism's failure...>>. *Ob. Cit.*, p. 540.

⁴³⁸ Este enfoque ha sido asumido por el derecho originario a través del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En la configuración actual, el control de la subsidiariedad se confía de manera principal a los Parlamentos nacionales por medio del denominado mecanismo de alerta temprana. Conforme al mismo, el legislador interno, nacional o regional, podrá remitir a la institución comunitaria un informe con los motivos por los que considera que la medida proyectada resulta contraria a este principio. De alcanzarse un determinado número de informes negativos, el agente europeo vendrá obligado a estudiar nuevamente el proyecto y decidir de manera motivada el mantenimiento, modificación o retirada del mismo.

Un análisis detallado del funcionamiento de la "alerta temprana" en el ordenamiento español puede verse en PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel: <<La incidencia del principio de subsidiariedad en las regiones>>, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José (Coord.): *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*. Madrid. Iustel, 2008, pp. 295–308. También en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: <<Comunidades Autónomas y Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sobre los riesgos de una reforma del Estado autonómico sin reformar la Constitución>>, en *Civitas, Revista Española de Derecho Europeo*, 33, 2010, pp. 45–90.

⁴³⁹ Artículo 5.4 TUE.

El problema estriba en que el juicio de proporcionalidad no puede emplearse como un criterio para interpretar el alcance de las competencias. Difícilmente puede decirse que un nivel de gobierno sea competente en virtud de lo que sea necesario, sino que las actuaciones públicas son válidas por ser adoptadas por el órgano competente y, además, resultan proporcionales con respecto de los fines pretendidos.

El enfoque parece haber sido acogido por el Tribunal de Justicia. La revisión de las medidas comunitarias ordenadoras del mercado no se realiza mediante una aplicación estricta del juicio complejo inclusivo de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida impugnada⁴⁴⁰. Antes bien, el juez europeo aplica un enfoque de lo “manifiestamente inapropiado” en el que el carácter idóneo de la medida no suele ser discutido y el test de necesidad se limita a excluir la existencia de una conducta arbitraria por parte de la autoridad comunitaria. El resultado es la sustitución del juicio de proporcionalidad por uno de razonabilidad que atribuye al legislador comunitario un amplio margen de apreciación⁴⁴¹.

Esta lectura de la proporcionalidad realizada por el Tribunal de Justicia alcanza únicamente a la anulación de las medidas que presenten un carácter manifiestamente inadecuado⁴⁴². Cualquier otro pronunciamiento se interpreta como una usurpación de las potestades propias del legislador comunitario, pues solo a éste le corresponde apreciar lo adecuado de la actuación en el desarrollo de sus funciones de responsabilidad política⁴⁴³. Parece, en fin, que la eficacia de la proporcionalidad con respecto a los conflictos competenciales queda circunscrita a la depuración de supuestos extremos rayanos con manifiestos desbordamientos competenciales.

⁴⁴⁰ EMILIOU, Nicholas: *The principle of proportionality in European law: a comparative study*. Londres. Kluwer Law International, 1996, p. 191.

⁴⁴¹ Por todas, STJCE de 5 de octubre de 1994, *Alemania contra Consejo*. Asunto 280/93. Ap. 47.

⁴⁴² *Ídem*. Ap. 90.

⁴⁴³ Por todas, STJCE de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco*. Asunto 491/2001. Ap. 123. Como en el caso de la subsidiariedad, el razonamiento del juez europeo recuerda la vigencia de una doctrina similar al *rational basis test* del Tribunal Supremo norteamericano.

Por el contrario, la aplicación judicial de este principio encuentra un ámbito idóneo de aplicación en relación con las medidas comunitarias que afectan a las libertades económicas de los particulares⁴⁴⁴. No es infrecuente que el interés comunitario de integración encuentre oposición en alguno de los derechos reconocidos en los Tratados. En tales casos, la solución del conflicto no puede realizarse desde un juicio abstracto de validez, sino que el juez comunitario habrá de descender a las circunstancias específicas del caso para valorar el perjuicio originado y proceder a la ponderación de los intereses en juego.

Bien analizados, los supuestos de este tipo constituyen un control de las medidas comunitarias desde la perspectiva de la libre circulación, esto es, del *juicio de unidad* en sentido estricto. No se discute aquí ni la titularidad, ni el alcance general de la medida impugnada, sino un aspecto concreto de la misma cuya aplicación origina un menoscabo del derecho del particular a acceder al mercado⁴⁴⁵. Es la amenaza de fractura del mercado interior la que confiere plena significación al principio de proporcionalidad como elemento de control de las medidas comunitarias⁴⁴⁶.

Todo lo anterior lleva concluir que el control judicial de la proporcionalidad de las medidas comunitarias tiene un carácter excepcional y se circunscribe a un número muy limitado de asuntos relativos a la dimensión prohibitoria de la unidad de mercado. Fuera de estos, la proporcionalidad, como la subsidiariedad, encuentra mejor acomodo en la fase legislativa en tanto que principio director del proceso político cuya inobservancia no supone, con carácter general, la invalidez de la actuación comunitaria. Un compromiso

⁴⁴⁴ TRIDIMAS, Takis: *The General Principles of EC Law*. Oxford y Nueva York. Oxford University Press, 1999, p. 90.

⁴⁴⁵ Un ejemplo de este tipo de medidas, aunque relacionada con la exportación a terceros países, puede verse en la STJCE de 24 de septiembre de 1985, *Man (Sugar) contra IBAP*. Asunto 181/84. Se enjuiciaba una disposición comunitaria que sancionaba el incumplimiento del plazo previsto para solicitar una licencia de exportación a terceros países con la pérdida automática de la fianza prestada. El Tribunal presume la validez del sistema de licencias a la exportación, dando por supuesta su idoneidad para organizar las exportaciones de los excedentes de azúcar, pero considera que la pérdida automática de la fianza prestada impone un perjuicio excesivo a los particulares que no guarda relación con los efectos prácticos del incumplimiento. Consecuentemente, la norma es contraria al principio de proporcionalidad.

⁴⁴⁶ Sobre la dimensión negativa del principio de unidad de mercado en el ordenamiento comunitario Vid. *Infra*. pp. 36 y ss.

comunitario para garantizar el mayor margen posible de actuación a los Estados miembros mediante el establecimiento de normas de mínimos; la elección, en igualdad de condiciones, del instrumento jurídico que permita un mayor grado de autonomía a los Estados; o la imposibilidad de hacer extensivas a otros Estados miembros las intervenciones dirigidas a resolver dificultades que afectan sólo un número reducido de estos⁴⁴⁷.

4.2.4 El principio de cooperación leal

En último término, el equilibrio del reparto vertical de poder a nivel europeo depende del deber de respeto y asistencia mutua de los Estados y la Unión en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados⁴⁴⁸. La naturaleza claramente política de esta obligación no ha impedido que algún autor haya querido ver en ella la vigencia de un concepto de lealtad federal en el orden jurídico comunitario⁴⁴⁹. Conforme al mismo, la validez de la actuación comunitaria dependería no solo de que se hayan tenido presentes los intereses de los Estados miembros, sino también del respeto a determinadas disposiciones constitucionales internas. Esta postura no puede ser compartida, pues la configuración de un control de este tipo supondría un coste demasiado elevado en el proceso de integración que no resulta compensado con una mejora evidente en la garantía de un ámbito propio de decisión reservado a los Estados miembros.

Al margen de los problemas formales relativos a la legitimación procesal, el control propuesto supondría un notorio menoscabo de la *auctoritas* del

⁴⁴⁷ Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Edimburgo los días 11 y 12 de diciembre de 1992. Este carácter procesal ha sido enfatizado por en el actual Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que, entre otras medidas, prevé un deber de motivación de los proyectos de actos legislativos en términos de proporcionalidad.

⁴⁴⁸ Artículo 4.3 TUE.

⁴⁴⁹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea. Germen iusinternacionalista versus vocación federal*. Madrid. McGraw-Hill, 1997, pp. 60 y ss. También LASO PÉREZ, Javier: *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Colex, Madrid, 2000, p. 470. Este autor justifica su postura en dos argumentos. De una parte, el deber de las Instituciones de facilitar el cumplimiento de las obligaciones comunitarias, circunstancia que podría verse impedida en el caso de que la disposición comunitaria se halle en conflicto con la Constitución interna o determinados intereses nacionales irrenunciables. De otra, el efecto pernicioso que la aprobación de normas de este tipo podría tener sobre la voluntad integradora de los Estados.

Tribunal de Justicia. El empleo de las disposiciones constitucionales internas como parámetro comunitario de control forzaría a éste a realizar una interpretación de las mismas, aunque sea únicamente a los efectos de declarar la eventual infracción de las obligaciones comunitarias⁴⁵⁰. El juez europeo invadiría entonces las funciones propias de los Tribunales Constitucionales internos y sus resoluciones perderían buena parte de su eficacia persuasiva⁴⁵¹.

Pero el escenario planteado no solo resulta incierto desde la perspectiva de la reacción de los Tribunales Constitucionales nacionales. También lo es desde el punto de vista de su compatibilidad con el principio de autonomía institucional, que podría verse mermado a resultas de la intromisión del órgano judicial europeo. E incluso desde el enfoque más amplio de la seguridad jurídica, pues la indeterminación de los parámetros de control propuestos impediría a los recurrentes anticipar la decisión del órgano judicial con un mínimo grado de previsibilidad. Sin ser exactamente iguales, un control de este tipo podría equivaler a la incorporación en el ordenamiento jurídico comunitario de una doctrina similar al margen de apreciación nacional empleado por el Tribunal de Estrasburgo y cuyo empleo ha sido criticado por lo impredecible de su aplicación⁴⁵².

Es probable que los motivos expuestos hayan contribuido a consolidar el posicionamiento del Tribunal de Justicia sobre el alcance limitado de la cooperación leal. La jurisprudencia comunitaria no ha derivado de este principio la existencia de un límite al ejercicio de las competencias de la Unión⁴⁵³. Antes bien, ha circunscrito su alcance respecto de las Instituciones a un deber de colaboración y buena fe en sus relaciones verticales y horizontales⁴⁵⁴ a fin de

⁴⁵⁰ *Ídem.*, p. 471.

⁴⁵¹ Sobre la importancia de la eficacia persuasiva de las sentencias de los tribunales superiores de los ordenamientos GARCÍA ROCA, Javier: *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*. Porrúa, México D.F., 2009, pp. 27 y ss.

⁴⁵² Sobre este carácter GARCÍA ROCA, Javier: *El margen de apreciación nacional...*, *Ob. Cit.*, p. 378.

⁴⁵³ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *El sistema europeo...*, *Ob. Cit.*, p. 173. En la misma línea, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de competencias...*, *Ob. Cit.*, p. 224.

⁴⁵⁴ Por todas, STJCE de 10 de julio de 1990, *Comisión contra Alemania*. Asunto 217/88. Ap. 33. También el ATJCE de 13 de julio de 1990, *Zwartveld*. Asunto 2/88. Aps. 17 y 18.

facilitar el cumplimiento del ordenamiento comunitario⁴⁵⁵. Supone, así, un tercer mecanismo político llamado a limitar los abusos en el ejercicio de las competencias comunitarias mediante el respeto y la asistencia mutua de todas las partes intervinientes en el proceso de negociación. Cualquier avance en el sentido de configurar un control judicial de las medidas comunitarias desde la lógica de este principio ni parece justificarse por el número presumible de conflictos, ni resulta posible en el estadio actual de integración, ni supondría una mejora del sistema de garantías de los Estados.

4.3Panorámica: los mecanismos de aproximación normativa en el seno de la Unión Europea

La integración positiva desarrollada en el ámbito comunitario ha conocido la misma dinámica expansiva que el poder comercial reconocido al Congreso norteamericano a partir de la crisis constitucional de 1937. Como allí, también en el continente europeo la determinación de las condiciones de funcionamiento del mercado parece constituir una competencia genérica del nivel central de gobierno, que se constituye en un auténtico garante del buen funcionamiento de la economía. Como allí, las garantías jurisdiccionales en este ámbito han resultado desplazadas por las propias del funcionamiento del sistema político, por lo que la tutela de los intereses nacionales depende, principalmente, de la habilidad negociadora de los gobiernos nacionales en el seno de los procedimientos comunitarios de toma de decisiones.

Con todo, la proximidad entre ambas realidades no deja de resultar insatisfactoria desde la perspectiva de su naturaleza jurídica. Por más avances que se hayan realizado en el proceso de integración, nadie discute que la Unión Europea está lejos de conformar otra cosa distinta de una organización supranacional integrada por Estados soberanos. Precisamente este rasgo –la soberanía– sitúa al proyecto comunitario en un riesgo de fragmentación de su espacio económico superior al que podría resultar predicable de un modelo estatal políticamente descentralizado. Parece, en fin, que la condición supranacional de esta estructura tiene como corolario necesario un importante

⁴⁵⁵ STJCE de 27 de septiembre de 1988, *Grecia contra Consejo*. Asunto 204/86. Ap. 16.

desarrollo del *juicio de unidad* –integración negativa– que se hará notar en el propio de los Estados miembros.

5. La integración negativa

El enfoque que se viene manejando insiste de manera evidente en la naturaleza jurídica de la Unión como una estructura –ciertamente especial– integrada por Estados soberanos. Por este preciso motivo, señalé que el proyecto comunitario de integración descansa de un modo especial en la construcción de un *juicio de unidad* –integración negativa– suficientemente depurado para evitar los obstáculos, voluntarios o involuntarios, a la circulación de mercancías. Sin temor a exagerar, podría decirse que la operatividad del mercado interior en su conjunto dependerá del sentido y aplicación que el Tribunal de Justicia confiera al régimen de las medidas estatales susceptibles de obstaculizar el comercio intracomunitario.

El núcleo esencial del control vigente en la esfera comunitaria se halla principalmente contenido en los artículos 34 y 36 del Tratado de Funcionamiento⁴⁵⁶. Por el primero se prohíbe que los poderes estatales⁴⁵⁷ –también las instituciones comunitarias– establezcan restricciones cuantitativas a la importación, o –más frecuentemente– medidas de efecto equivalente respecto de los bienes procedentes de otros Estados miembros. Más adelante se verá con mayor detenimiento qué es exactamente lo que prohíbe el Tratado de Funcionamiento, pero del tenor del artículo 34 pueden extraerse dos consecuencias evidentes. La primera es que la labor de fiscalización habrá de concluir necesariamente en el momento en que se compruebe que la medida

⁴⁵⁶ Para ser exactos, también el artículo 35 TFUE formaría parte de este núcleo esencial del *juicio de unidad* comunitario. No obstante, se ha optado por su exclusión, pues su objeto se limita únicamente a las exportaciones y no al tráfico intracomunitario propiamente dicho.

⁴⁵⁷ Esta prohibición contenida en el artículo 34 TFUE resulta igualmente aplicable a las instituciones comunitarias. El modelo comunitario se aparta, así, del sistema de garantía propio de los Estados Unidos, donde el Congreso no venía sujeto a la observancia de la dimensión negativa de la cláusula de comercio. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, Ob. Cit., p. 440. En cualquier caso, me referiré únicamente vertiente estatal de este precepto.

denunciada no constituye un obstáculo al comercio intracomunitario⁴⁵⁸. La segunda, que la amplitud del texto confiere un notable margen de interpretación al juez comunitario para decidir en qué consiste tal obstáculo. Como en el modelo estadounidense, el Tribunal de Justicia viene a constituirse como una suerte de garante de la integridad del espacio económico de la Unión Europea⁴⁵⁹.

Pero la protección del carácter unitario de dicho espacio no puede plantearse desde la lógica de la totalidad. Al analizar el modelo vigente en los Estados Unidos, quedó patente que los problemas relativos a la unidad de mercado no admiten soluciones absolutas –de suma cero–, sino que, precisamente, el *juicio de unidad* surge como un instrumento con el que modular el difícil equilibrio entre la autonomía –aquí soberanía– política y la unidad económica, entre ésta y cualesquiera otros intereses legítimos que afecten al funcionamiento de la economía, comunitaria o nacional⁴⁶⁰. La unidad de mercado podrá ser un principio esencial del ordenamiento –especialmente del comunitario– pero habrá de conciliarse con la promoción de otros principios e intereses constitucionalmente legítimos.

Pues bien, esta función de regulación en la intensidad del control judicial es la que resulta propia del artículo 36 del Tratado de Funcionamiento. Éste confiere validez, en determinadas condiciones, a las actuaciones estatales que, aunque obstaculizadoras, se encuentran justificadas por alguna de las razones listadas en el mismo: orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales,

⁴⁵⁸ A lo largo del presente epígrafe me referiré, con carácter general, al control de las normas estatales desde la perspectiva de la libre circulación comunitaria consagrada en el artículo 34 TFUE por ser éste el tipo de impugnación más común. Debo resaltar, no obstante, que el escrutinio judicial no se limita a disposiciones de carácter normativo, sino que alcanza cualquier tipo de medida, con independencia de que la misma presente o no carácter vinculante. En este sentido, STJCE de 24 de noviembre de 1982, *Buy Irish*. Asunto 249/81. Aps. 27 y 28. Se analiza aquí la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de la financiación de una campaña orientada a la promoción del consumo de productos nacionales en perjuicio de los importados.

⁴⁵⁹ En este sentido, las Conclusiones del Abogado General Tesouro a la STJCE de 15 de diciembre de 1993, *Huenermund* (Asunto 292/92), en las que apunta la necesidad de optar por una línea estable en la interpretación del artículo 34 TFUE. O bien éste supone una garantía de la integridad del espacio económico comunitario. O bien, supone, además, una previsión del funcionamiento liberal del mismo en el ejercicio de las libertades económicas.

⁴⁶⁰ *Vid. Supra.*, Capítulo II, pp. 108 y ss.

protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. Con certeza, aquí radica buena parte de la complejidad del modelo comunitario de garantía, pues *ni todo obstáculo lleva aparejada necesariamente la nulidad de la medida, ni –como se será– la existencia de una única lista supone que el juicio de unidad se aplique de manera uniforme en todos los supuestos.*

Por lo demás, sin perjuicio de que el estudio de la aplicación judicial de estos artículos ocupe buena parte de lo que resta de Capítulo, también habré de comentar otro –tercer– elemento que añade complejidad al sistema, pero del que quizás pueda extraerse alguna enseñanza para el ordenamiento jurídico propio. Me refiero a la modulación de los efectos de las decisiones dictadas por el Tribunal de Justicia con ocasión de los asuntos relativos a la integridad del espacio económico. Como es bien sabido, la nulidad de la medida interna no deriva inmediatamente de la sentencia del Tribunal – incompetente para realizar declaraciones de este tipo– sino un deber de inaplicación por parte del juez nacional y de eliminación por la autoridad responsable⁴⁶¹. Pero más allá de esto, la jurisprudencia comunitaria ha señalado que la ilicitud no precisa necesariamente la eliminación de la medida obstaculizadora, siendo suficiente en algunos casos con su inaplicación a los bienes procedentes de otras partes de la Unión.

Los rasgos descritos deberían ser suficientes para justificar el estudio de la integración negativa desarrollada en el ámbito de la Unión Europea, de manera similar a cómo se hizo con respecto de la experiencia comunitaria. Pero quizás no esté de más recordar que dicho análisis se hace insoslayable por cuanto el trabajo toma como base una postura concreta: la coexistencia de los espacios económicos comunitario y nacional en términos, no de

⁴⁶¹ STJCE de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*. Asunto 106/77. Ap. 21. La obligación dirigida a las autoridades nacionales encuentra su fundamento, por tanto, en el deber de cooperación leal previsto en el artículo 4.3 TFUE, que impide a aquellas limitar las libertades fundamentales previstas en los Tratados sin que concurra alguna causa de legitimación. TEMPLE LANG, John: <<Developments, Issues, and New Remedies – The Duties of National Authorities and Courts Under Article 10 of the EC Treaty>>, en *Fordham International Law Journal*, 27(6), 2003, p. 1927.

coordinación, sino de funcionamiento armónico. La consideración de nuestro sistema jurídico constitucional como un “modelo multiniveles de unidad de mercado” supone que *el estudio del juicio de unidad vigente en el ordenamiento jurídico español comience necesariamente en este punto: en el análisis de los criterios manejados por el Tribunal de Justicia para controlar las actuaciones estatales lesivas de la libre circulación comunitaria.*

5.1 Las “situaciones puramente internas” como excepción ineludible al control judicial comunitario

Según se acaba de apuntar, la tesis sostenida en este trabajo, a saber, que el *juicio de unidad* nacional habrá de ser necesariamente un reflejo, más o menos fiel, del comunitario, encuentra una primera dificultad en la consolidada línea jurisprudencial acerca de las “situaciones puramente internas”. De acuerdo con ésta, el control de las medidas dirigidas a los operadores nacionales que desarrollan su actividad íntegramente dentro del territorio estatal se reserva a los órganos judiciales nacionales⁴⁶². Fuera de estos casos, el Tribunal de Justicia habrá de fiscalizar los asuntos en los que se aprecie un punto de conexión con el ordenamiento comunitario, normalmente bajo la forma de un movimiento transfronterizo relativamente evidente⁴⁶³.

A simple vista, pudiera parecer que el ordenamiento comunitario confiere a los Estados miembros libertad para la ordenación de las actividades económicas que no guarden una relación directa con el mercado interior. De ser así, habría que concluir que aquél ordenamiento favorece, pero no impone, la lectura sustancialmente similar de las libertades económicas previstas en ambos modelos. Esto es, cabría esperar que dicha aproximación acontezca, pues es previsible que los jueces nacionales se vean estimulados a aceptar los criterios de un ente jurisdiccional –el Tribunal de Justicia– dotado de *auctoritas*

⁴⁶² Por todas, STJCE de 16 de enero de 1997, *USSL contra INAIL*. Asunto 134/95. Aps. 20 a 22. Rechaza la competencia del Tribunal de Justicia para conocer del conflicto entre una empresa italiana domiciliada en Italia y un organismo público, también con sede en Italia, para el que la primera había realizado determinado servicios.

⁴⁶³ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel: <<Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución española>>, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 15, 2005, p. 382.

e integrado en un sistema que ha sido aceptado por el propio Estado⁴⁶⁴. Pero interesa destacar que este resultado sería en cualquier caso fruto de una actuación voluntaria por parte de los jueces nacionales, por lo que en cualquier momento podrían apartarse de los referidos criterios y sustituirlos por otros de carácter propio o, incluso, por los procedentes de otro tribunal foráneo al que reconocen una determinada autoridad semejante.

A mi juicio, aceptar este enfoque supone considerar que la estructura comunitaria se limita a coordinar los distintos espacios económicos nacionales afectados. Lo que es tanto como decir que, al menos en este punto, el mercado interior se aproxima a un área de libre comercio, amparando la vigencia de dos sistemas –el nacional y el comunitario– alternativos de control. La consecuencia parece a todas luces desproporcionada y no puede ser compartida.

Visto con detenimiento, este modo de articular las relaciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el propio de la Unión encuentra difícil encaje en el clima de cooperación leal que imponen los Tratados. A fin de cuentas, dicho principio impone sobre las autoridades nacionales el deber de adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión⁴⁶⁵.

Por este motivo, este trabajo parte de la ejecución descentralizada del ordenamiento comunitario, de la que se derivarían unos límites implícitos a la autonomía de las instituciones nacionales encargadas de la ejecución del Derecho Comunitario⁴⁶⁶. Desde el punto de vista que aquí interesa, el deber de cooperación leal determinaría que los órganos judiciales nacionales no están legitimados para interpretar las libertades económicas vigentes en el plano interno de un modo esencialmente diferente al propio del Tribunal de Justicia.

⁴⁶⁴ Sobre esta situación de “institutional awareness”, *Vid. Supra.*, *Capítulo I*, pp. 35 y ss.

⁴⁶⁵ Artículo 4 TUE, que continúa apuntado que “Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”.

⁴⁶⁶ ORDOÑEZ SOLÍS, David: <<La obligación de interpretar el Derecho Nacional de conformidad con el Derecho Comunitario Europeo>>, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2002, p. 2337.

No es solo que la aplicación de la norma deba conseguir una eficacia equivalente en cada uno de los Estados miembros, sino que, según ha reiterado la jurisprudencia, existe un deber de interpretación conforme de las normas nacionales con relación a las finalidades del ordenamiento comunitario⁴⁶⁷.

Desde esta perspectiva, el problema de las situaciones puramente internas no pasa de ser una disfunción propia de la naturaleza internacional del Tribunal de Justicia. Como tal, este órgano tiene una jurisdicción necesariamente limitada que se articula mediante el empleo de la extraterritorialidad como criterio para la identificación del órgano competente. En el fondo, la misma idea de ejecución descentralizada –y subsidiariedad– que rige en el ámbito comunitario lleva aparejada que, en todo cuanto sea posible, corresponda al juez nacional el conocimiento ordinario de los asuntos, reservando al Tribunal de Justicia el enjuiciamiento de los restantes. Y no puede olvidarse que –en sentido inverso– la jurisdicción comunitaria se vale en no pocas ocasiones del entramado judicial nacional para conseguir una aproximación lo más cercana posible a los elementos fácticos del asunto. De la actuación de los jueces nacionales dependerá, por tanto, el funcionamiento ordinario del mercado interior. En consecuencia, *lejos de conferir libertad a los tribunales nacionales para que interpreten las libertades de circulación, la doctrina de las “situaciones puramente internas” refuerza el deber de interpretación conforme de las mismas*⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ En este sentido, el Informe del Consejo de Estado, de 15 de diciembre de 2010, sobre las Garantías del Cumplimiento del Derecho Comunitario, en especial, Apartado II: “El incumplimiento del Derecho de la Unión Europea por los Estados Miembros. Perspectiva comunitaria”.

⁴⁶⁸ La opinión no es compartida por toda la doctrina. Algunos autores consideran que la corrección de las “situaciones puramente internas” encontraría una respuesta más efectiva si se admitiera la competencia del Tribunal de Justicia para su enjuiciamiento. A tal fin, sostienen la existencia de un elemento de conexión con el sistema comunitario consistente en el carácter lesivo de este tipo de situaciones para el principio de igualdad derivado del reconocimiento de la ciudadanía europea. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel: <<Discriminaciones inversas...>>, *Ob. Cit.*, p. 384; y TRYFONIDOU, Alina: <<Reverse discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizen’s Europe>>, en *Legal Issues of economic integration*, 35(1), 2008, p. 57.

La postura no puede ser compartida, pues avanza peligrosamente en la progresiva uniformización de la unidad de mercado negativa, con el consiguiente riesgo de que los espacios económicos estatal y comunitario resulten indiferenciables.

En esta línea, no puede sorprender que la aplicación de esta doctrina haya resultado especialmente flexible en los asuntos relativos a la libre circulación de mercancías. Su carácter necesario para el establecimiento y funcionamiento del mercado se ha traducido en la práctica en un enfoque más favorable a la intervención judicial. La tendencia se aprecia especialmente en el control de los derechos de aduana y las exacciones de efecto equivalente, prohibidos con independencia de que se apliquen únicamente a los productos procedentes de otra parte del mercado nacional⁴⁶⁹. Pero ha alcanzado también a las restantes medidas que afectan a la libre circulación de mercancías, señalando, en algún caso, que el simple traslado transfronterizo del vendedor determina la competencia del Tribunal de Justicia, incluso aunque los bienes comercializados hayan sido producidos en el propio Estado de venta⁴⁷⁰. En el enfoque vigente, la competencia del juez comunitario para analizar las actuaciones puramente internas se sujeta únicamente a su aplicación indistinta a los productos nacionales e importados y a su efecto potencialmente lesivo para la libre circulación⁴⁷¹.

Una vez justificada la vigencia de un principio de interpretación conforme de las libertades económicas nacionales, es el momento de iniciar el estudio del *juicio de unidad* que habrá de aplicarse en el ordenamiento jurídico español

⁴⁶⁹ STJCE de 9 de agosto de 1994, *Lancry*. Asuntos acumulados 363, 407, 408, 409, 410 y 411/93. Ap. 27. En el mismo, el juez comunitario descarta que la imposición de un tributo a los bienes introducidos en Francia desde alguna de sus regiones de ultramar pueda considerarse una situación puramente interna. Afirma, por tanto, su competencia para conocer del caso y declara la incompatibilidad de la medida con la prohibición de obstáculos a la libre circulación intracomunitaria de mercancías.

⁴⁷⁰ STJCE de 23 de febrero de 2006, *A-Punkt*. Asunto C-441/04. Ap. 9. El caso analizaba la validez de una ley austriaca que prohibía la celebración de reuniones de carácter comercial en domicilios particulares para la venta de determinados productos. Por primera vez, el Tribunal de Justicia abandona su enfoque centrado únicamente en el movimiento efectuado por los bienes y acepta entrar a conocer de la aplicación de la norma a una empresaria desplazada a Austria para la celebración de una venta de bienes a domicilio, pese a que no está claro que los bienes fueran objeto de importación. Es cierto, en todo caso, que este pronunciamiento no ha sido confirmado en ningún supuesto posterior. TRYFONIDOU, Alina: <<Further steps on the road to convergence among the market freedoms>>, en *European Law Review*, Núm. 35, 2010, p. 44

⁴⁷¹ STJCE de 7 de mayo de 1997, *Pistre*. Asuntos acumulados 321, 322, 323 y 324/1994. Ap. 45. En la misma, el órgano judicial rechaza el argumento sobre su incompetencia derivada del carácter puramente interno de la medida y entra a conocer sobre la validez de una regulación francesa que reservaba una determinada denominación de origen a los productos elaborados en su territorio con materias primas nacionales.

con la exposición de los criterios empleados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para controlar las actuaciones estatales relativas al mercado interior. Pero antes, me referiré brevemente a dos cuestiones previas de las que depende que el citado órgano entre a conocer el fondo del asunto: la ausencia de armonización y la noción de obstáculo manejada en el ámbito comunitario.

5.2 El juicio comunitario de unidad (I): cuestiones previas

Solucionada la aparente dificultad de la doctrina de las “actuaciones puramente internas”, procede comenzar a describir el *juicio de unidad* manejado por el Tribunal de Justicia para la depuración de las actuaciones estatales susceptibles de obstaculizar, voluntaria o involuntariamente, la circulación de mercancías. Como se vio, el alcance y manejo que dicho órgano realice de este juicio tendrá su reflejo en el plano normativo interno.

Pero para que el juez comunitario pueda proceder a la aplicación de dicho *juicio de unidad*, es preciso que se cumplan de manera simultánea dos condiciones previas: que la medida denunciada constituya un “obstáculo al comercio intracomunitario”; y que la materia donde se proyecta éste no haya sido objeto de armonización por parte de las autoridades comunitarias.

5.2.1 El concepto de “obstáculo al comercio intracomunitario”

Según se ha visto, el artículo 34 del Tratado de Funcionamiento prohíbe que los poderes estatales adopten medidas que puedan obstaculizar el tráfico de bienes entre los distintos Estados parte de la Unión Europea. El precepto supone, así, un límite sustantivo al ejercicio de las competencias propias que podrá ser controlado tanto por el Tribunal de Justicia, como por los órganos judiciales nacionales en cuanto que su condición de jueces comunitarios. Por tanto, qué sea un “obstáculo al comercio intracomunitario”⁴⁷² supone la piedra

⁴⁷² La jurisprudencia comunitaria emplea habitualmente los términos “restricciones cuantitativas a la importación” y “medidas de efecto equivalente” para referirse a las actuaciones estatales que pueden tener incidencia en el tráfico intracomunitario de mercancías. Por facilitar la comprensión del discurso, se ha optado por manejar el propio de “obstáculo”, toda vez que comprende ambos tipos de actuaciones.

angular sobre la que se construye el juicio comunitario –y aún interno–de unidad, en el bien sabido de que la calificación de una determinada medida como tal no conlleva irremisiblemente su antijuridicidad y consiguiente expulsión del plano comunitario, sino su simple sujeción al escrutinio comunitario.

Esta cuestión ya ocupó buena parte del debate judicial subsiguiente a la crisis constitucional de 1937 y, en cierta medida, la jurisprudencia comunitaria ha discurrido en paralelo a la construcción del concepto de obstáculo desarrollada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Como allí, la interpretación de la prohibición contenida en el artículo 34 del Tratado de Funcionamiento resulta caracterizada por dos rasgos⁴⁷³: su amplitud material; y la clasificación de los mismos en atención a su proximidad a las técnicas empleadas habitualmente con finalidades proteccionistas.

a. La amplitud del concepto de “obstáculo al comercio intracomunitario”

Comenzando por el primero de los aspectos apuntados, y sin entrar a desarrollar la evolución histórica que ha conducido al concepto de “obstáculo al comercio intracomunitario” manejado actualmente, puede apuntarse que éste es resultado de tres hitos jurisprudenciales.

En *Dassonville*, el Tribunal de Justicia dejó asentado que la prohibición contenida en el artículo 34 del Tratado de Funcionamiento no se limitaba únicamente a las regulaciones formalmente discriminatorias, esto es, a aquellas cuya finalidad consiste precisamente en ofrecer una ventaja competitiva a los empresarios nacionales frente a los procedentes de otros Estados miembros. La ilicitud alcanza también a aquellas otras que, sin manifestarlo, provocan el mismo efecto: “toda normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o

⁴⁷³ Vid. *Supra.*, Capítulo II, Epígrafe 6.

potencialmente, el comercio intracomunitario debe considerarse como una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas”⁴⁷⁴.

Sobre esta construcción inicial, *Cassis de Dijon* matizaba pocos años después que el escrutinio judicial no se limita a las normas dirigidas específicamente a las mercancías foráneas sino que alcanza también a las que resulten indistintamente aplicables⁴⁷⁵. Al hacerlo, el Tribunal de Justicia ampliaba una noción de obstáculo en la que lo relevante ya no será la intención del legislador estatal, sino el efecto de la medida. La simple existencia de un efecto dificultoso para la comercialización de mercancías resulta suficiente para justificar el control en sede jurisdiccional a fin de valorar si la medida se encuentra justificada por un interés legítimo.

Esta postura tuvo como efecto indeseado la aparición de dos líneas jurisprudenciales contradictorias en torno a las actuaciones prohibidas por el artículo 34 del Tratado de Funcionamiento⁴⁷⁶. Ciertamente, la lectura de la jurisprudencia iniciada en *Dassonville* y *Cassis de Dijon* podía ser entendida en el sentido de que el referido artículo únicamente prohibía las medidas que hacían más gravosa la comercialización de los productos procedentes de otro Estado miembro. Pero también podía verse en la misma una prohibición general de cualquier medida que afecte al intercambio de bienes. En el primer caso, la previsión comunitaria constituiría una garantía de la integridad del espacio económico. En el segundo, el artículo 34 del Tratado de Funcionamiento supondría, además, una norma sustantiva en el sentido del funcionamiento liberal de dicho espacio⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ STJCE de 11 de julio de 1974, *Dassonville*. Asunto 8/1974. Ap. 13. Declara la incompatibilidad con el ordenamiento comunitario de una disposición belga que obligaba a los importadores de whisky en situación de libre práctica en otro Estado miembro a presentar un certificado de autenticidad que, en la práctica, solo podía ser obtenido directamente del productor.

⁴⁷⁵ STJCE de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*. Asunto 120/1978.

⁴⁷⁶ En este sentido, MORTELMANS, Kamiel: <<Article 30 of the EC Treaty and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition?>>, en *Common Market Law Review*, Núm. 28, 1991, p. 115.

⁴⁷⁷ Sobre estas interpretaciones, las Conclusiones del Abogado General Tesouro a la STJCE de 15 de diciembre de 1993, *Huenermund* (Asunto 292/92). Por lo demás, la cuestión tiene interés en el plano interno, por cuanto la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado parece haber optado por esa interpretación uniforme de la unidad de mercado, imponiendo un escenario tendente a la desregulación. Sobre esta cuestión, *Vid. Infra.*, Capítulo IV, p.¿¿.

En *Keck*, el Tribunal de Justicia rechazó esta lectura amplia del concepto de obstáculo, poniendo coto a la expansión del control judicial. Desde entonces, la necesidad de que el legislador nacional justifique las medidas que pueden incidir sobre el comercio intracomunitario queda sujeta –en algunos casos– a una exigencia de eficacia proteccionista⁴⁷⁸: es preciso que afecte de manera más gravosa a los productos foráneos que a los nacionales⁴⁷⁹. De lo contrario, la medida tendrá un efecto demasiado “remoto, indirecto y eventual y, en todo caso, solo presunto para que la medida esté comprendida en el ámbito de aplicación de la disposición”⁴⁸⁰.

De lo expuesto se desprende que el Tribunal de Justicia ha interpretado el concepto de obstáculo contenido en el artículo 34 TFUE en términos de discriminación por razón del origen geográfico del bien. Como en el modelo estadounidense, lo relevante para la apreciación de un obstáculo al tráfico intracomunitario no es el objeto de la norma⁴⁸¹. Una norma relativa a quién puede vender y cómo, dónde y cuándo es posible hacerlo provoca, bajo determinadas circunstancias, el mismo efecto nocivo para la libre circulación que una regulación sobre el acceso de los bienes importados al mercado nacional o acerca de las características que hayan de reunir para su comercialización en el mismo. Lo verdaderamente relevante para que el juez comunitario aprecie la existencia de un obstáculo susceptible de control será la mejor posición competitiva del empresario nacional frente al foráneo. Por encima de un umbral mínimo de eficacia –actual o potencial–, el mayor o

⁴⁷⁸ EZQUERRA UBERO, José Javier: *La jurisprudencia “Cassis-Keck” y la libre circulación de mercancías*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 116. También, BARNARD, Catherine: *The substantive Law... Ob. Cit.*, pp. 97 y ss.

⁴⁷⁹ STJCE de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard*. Asuntos acumulados 267/91 y 268/91.

⁴⁸⁰ Conclusiones del Abogado General Tesauro a la STJCE de 15 de diciembre de 1993, *Huenermund* (Asunto 292/92). Ap. 8. En esta línea, la STJCE de 7 de marzo de 1990, *Krantz*. Asunto 69/1988. Ap. 11, donde el Tribunal de Justicia consideró que una norma estatal que permite el embargo de los bienes de un local por el impago de los deberes tributarios guarda una relación demasiado indirecta o aleatoria con el tráfico intracomunitario de bienes como para apreciar la existencia de un obstáculo. En la misma línea, la STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Basf*. Asunto 44/1998. Ap. 16.

⁴⁸¹ Este criterio había sido manejado por el Tribunal de Justicia, entre otras, en la STJCE de 18 de mayo de 1993, *Yves Rocher*. Asunto 126/91. Aps. 20 y 21. Tras la resolución dictada en *Keck*, esta aproximación sería arrogada.

menor grado de la diferenciación únicamente resultará relevante a la hora de su justificación.

b. La clasificación de los obstáculos y su relevancia a efectos del control judicial

En cualquier caso, la línea jurisprudencial iniciada en Keck no se limitó únicamente a reclamar la existencia de una relación directa entre el obstáculo y el tráfico intracomunitario de bienes. En la misma, el Tribunal de Justicia puso de manifiesto que en la noción de “obstáculo al comercio intracomunitario” tiene cabida actuaciones muy distintas que reclaman modos diversos de aplicación del *juicio de unidad*.

En una ordenación que recuerda a la propia del ámbito estadounidense entre “medidas discriminatorias” y “medidas obstaculizadoras”, la jurisprudencia comunitaria ha distinguido tres clases de obstáculos al comercio intracomunitario a las que corresponden distintas intensidades de control con respecto a su proporcionalidad⁴⁸².

En tanto que el artículo 34 del Tratado de Funcionamiento pretende poner coto a las prácticas de carácter proteccionista, resulta evidente que las *medidas ordenadoras del acceso de productos extranjeros al mercado nacional* van a constituir, por su propia naturaleza, el núcleo duro del listado de conductas prohibidas⁴⁸³. El legislador nacional no solo va a encontrar escasas opciones de adoptar regulaciones de este tipo, sino que el enjuiciamiento de las mismas partirá siempre de una presunción de invalidez.

Fuera de estos casos, que podrían calificarse como evidentes, los obstáculos al comercio intracomunitario de bienes pueden adoptar dos formas diversas. De una parte, la libre circulación de mercancías puede verse comprometida por la existencia en el plano nacional de *normas definitorias de las características que deben cumplir los productos para su comercialización en*

⁴⁸² STJCE de 4 de junio de 2009, *Mickelsson*. Asunto C- 142/05. Ap. 24. Analizaba si la decisión del legislador nacional de prohibir el uso de motos acuáticas salvo en determinadas rutas por motivo medioambientales constituía un obstáculo legítimo al tráfico de este tipo de productos.

⁴⁸³ STJCE de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco*. Asunto 49/01. Ap. 64.

el mercado nacional. En este caso, la incidencia directa que este tipo de normas tiene sobre el tráfico comunitario justificará un nivel intermedio de control: habrán de estar justificadas en atención a un fin legítimo, pero el escrutinio del Tribunal de Justicia resultará menos intenso. Se mantiene en este ámbito, la línea jurisprudencial fijada en *Dassonville* y *Cassis de Dijon*.

En cuanto a la última –tercera– categoría de obstáculos, la relación entre las *normas que regulan las condiciones en que se desarrolla la venta de los productos en el plano interno* y el tráfico comunitario de mercancías no resulta tan evidente, por lo que existe el riesgo de extender la labor fiscalizadora del juez comunitario a cualquier actuación de las autoridades nacionales. De ahí que en *Keck* el Tribunal de Justicia introdujese la exigencia de la diferente afectación a los productos procedentes de otro Estado miembro como requisito para su escrutinio. Por lo demás, el carácter indirecto de la relación justifica un menor grado en la intensidad del control. Mientras no afecte al acceso de los productos al mercado nacional, el legislador nacional disfruta de un ámbito de decisión amplio para definir el modo en que se desarrolla la actividad económica en su territorio.

En fin, una vez que el juez comunitario ha determinado que la medida estatal denunciada constituye un obstáculo incluido en alguna de las categorías indicadas, la licitud de aquélla resultará del resultado que arroje la aplicación del *juicio de unidad*. La actuación estatal será válida siempre que pretenda la consecución de un fin legítimo de manera proporcionada.

5.2.2 La ausencia de armonización normativa

La segunda condición previa que debe cumplirse para que el Tribunal de Justicia proceda a la aplicación del *juicio de unidad* es la ausencia de armonización normativa. En esta línea, la revisión de la jurisprudencia comunitaria pone de manifiesto la existencia de una especie de cláusula de estilo en virtud de la cual no será necesario proceder a un análisis de fondo del asunto cuando la Unión Europea haya hecho uso de su capacidad para definir

una regulación más o menos uniforme⁴⁸⁴. Ni siquiera en los supuestos en los que se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de armonización por parte de un Estado miembro⁴⁸⁵.

La precisión resulta plenamente coherente con el desarrollo de la doctrina de la *pre-emption* por parte del Tribunal de Justicia, según se vio al analizar la vertiente positiva de la integración, especialmente en lo relativo a la competencia comunitaria sobre el establecimiento y funcionamiento del mercado interior⁴⁸⁶. Sin entrar en mayores detalles, que no harían sino complicar la exposición⁴⁸⁷, bastará con aclarar que lo que el juez europeo señala no es otra cosa –en mi opinión– que la confirmación de que el *juicio de unidad* conforma un escrutinio independiente y subsiguiente al propio de la titularidad competencial, según se sostuvo en la parte introductoria del trabajo⁴⁸⁸. Si el Tribunal de Justicia rechaza en estos supuestos entrar a enjuiciar de forma concreta los posibles obstáculos es porque la actuación estatal resulta inválida desde su origen, por cuanto invade una competencia propia de la Unión Europea.

Una vez comprobados los requisitos que deben cumplirse para que el Tribunal de Justicia pueda aplicar el *juicio de unidad*, el siguiente paso habrá de ser la explicación de cuáles son los criterios manejados por el Tribunal de Justicia a la hora de considerar si una actuación estatal constituye una fragmentación ilegítima del espacio económico comunitario, sabiendo que habrán de inspirar los propios del mercado nacional.

⁴⁸⁴ Por todas, STJCE de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*. Asunto 120/780. Ap. 78.

⁴⁸⁵ STJCE de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas*. Asunto 5/94. Ap. 21.

⁴⁸⁶ *Vid. Supra.*, pp. 142 y ss.

⁴⁸⁷ En términos generales, el legislador comunitario puede operar sobre cualquier ámbito donde el mercado interior no funcione de manera óptima, según dispone el artículo 114 TFUE. Esta previsión ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de que la actuación comunitaria habrá de ir encaminada a la eliminación de los obstáculos al ejercicio de las libertades económicas y la remoción de distorsiones evidentes a la competencia, siendo irrelevantes a estos efectos el carácter actual o futuro de unos u otras. STJCE de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco*. Asunto 491/01. Ap. 43 y 61, respectivamente. Por lo demás, el ordenamiento jurídico europeo también conoce la técnica de la autorización de las actuaciones estatales obstaculizadoras por parte del nivel central a que se hizo referencia al analizar el *juicio de unidad* propio del modelo estadounidense. *Vid. Supra.*, Capítulo II, p. 115. En consecuencia, los Estados miembros podrán intervenir válidamente sobre una materia sujeta a la armonización comunitaria sobre el funcionamiento del mercado interior siempre que medie una autorización expresa en los términos previstos en el artículo 114 TFUE.

⁴⁸⁸ *Vid. Supra.*, Capítulo I, pp. 26 y ss.

5.3 El juicio comunitario de unidad (II): medidas sobre el acceso de los productos al mercado nacional

Las próximas páginas tratan de ofrecer una panorámica del razonamiento empleado por el Tribunal de Justicia a la hora de enjuiciar los eventuales obstáculos a la libre circulación intracomunitaria de mercancías. Para ello, voy a dividir el estudio en tres bloques, según la clasificación de los distintos tipos de obstáculos que se apuntó más arriba.

El primer grupo lo integran, por tanto, las medidas ordenadoras del acceso de productos extranjeros al mercado nacional, esto es, cualquier medida que imponga a los productos foráneos unas determinadas condiciones que no son exigidas para la comercialización de los nacionales. Se trata, por tanto, de supuestos de discriminaciones formales en atención al origen geográfico del producto⁴⁸⁹.

Resulta difícil imaginar un modo más evidente de fragmentar el espacio económico⁴⁹⁰. Por esto mismo, no puede extrañar que la admisibilidad de estas medidas requiera la superación de un escrutinio extraordinariamente riguroso: la existencia de una discriminación formal supone automáticamente una presunción de invalidez que solo cederá por la superación de un juicio completo de proporcionalidad en el que toda la actividad probatoria recae en el Estado demandado⁴⁹¹.

5.3.1 El fin legítimo o la necesidad de la medida

El escrutinio judicial desarrollado en sede comunitaria se inicia con la comprobación de que la finalidad pretendida por el Estado demandado se encuentra justificada por la promoción de un interés legítimo suficiente. El

⁴⁸⁹ En cualquier caso, parece que, excepcionalmente, el Tribunal de Justicia ha incluido en este tipo algunas medidas formalmente discriminatorias fundadas en criterios muy cercanos al propio del origen geográfico. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, *Ob. Cit.*, p. 511, Nota 944.

⁴⁹⁰ CRAIG, Paul; y DE BÚRCA, Grainne: *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 1998, p. 630.

⁴⁹¹ Sobre la imposición de la carga de la prueba al Estado demandado STJCE de 14 de julio de 1994, *Van der Velt*. Asunto 17/93. Ap. 15.

Estado demandado habrá de justificar los motivos que le han llevado a llevar a cabo una conducta inicialmente prohibida por los Tratados.

Es precisamente en este punto donde se cifra la principal diferencia entre el control de las medidas formalmente discriminatorias y el propio de los restantes obstáculos al tráfico intracomunitario de bienes. Las primeras únicamente pueden justificarse a través de alguno de los supuestos expresamente previstos en un artículo 36 del Tratado de Funcionamiento⁴⁹². Por el contrario, las medidas de las que no se deriva una discriminación formal podrán ser salvadas mediante la referencia a otras “exigencias imperativas” fijadas por vía jurisprudencial.

En su intento por favorecer la integración del espacio económico, el juez comunitario ha mantenido una actitud especialmente celosa sobre la finalidad pretendidamente perseguida por el Estado demandado, hasta el punto de pergeñar un buen número de cautelas muy alejadas de la aparente permisividad del Tribunal Supremo norteamericano para con las medidas discriminatorias⁴⁹³.

No es solo que el elenco de supuestos autorizadores contenido en el referido artículo 36 del Tratado de Funcionamiento constituya un *numerus clausus*⁴⁹⁴, sino que el juez comunitario ha incorporado una segunda cautela en el sentido de rechazar una interpretación aperturista de cualquiera de las causas legitimadoras apuntadas. En tanto que excepción a la regla general de la prohibición de obstáculos a la libre circulación de mercancías, el artículo 36 del Tratado de Funcionamiento no admite la inclusión de nuevas realidades⁴⁹⁵. Y aún, el Tribunal de Justicia ha incluido una última –tercera– limitación a la capacidad de los Estados para fundamentar la adopción de normas

⁴⁹² Por todas, STJCE de 26 de junio de 1980, *Gilli & Andres*. Asunto 788/79. Ap. 6.

⁴⁹³ *Vid. Supra.*, Capítulo II, pp. 115 y ss.

⁴⁹⁴ Las causas legitimadoras incluidas en este artículo son las siguientes: el orden público; la moralidad y seguridad públicas; la protección de la salud y vida de las personas y animales; la preservación de los vegetales; la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional; o la protección de la propiedad industrial y comercial.

Una exposición de la interpretación efectuada por el TJCE sobre cada uno de estos supuestos puede verse en TRIDIMAS, Takis: *The General Principles...*, *Ob. Cit.*, pp. 145 y ss.

⁴⁹⁵ Por todas, STJCE de 17 de junio de 1981, *Comisión contra Irlanda*. Asunto 113/80. Ap. 7.

reguladoras del acceso de bienes al mercado nacional bajo la forma de la inadmisión sistemática de las motivaciones de carácter económico⁴⁹⁶.

A tenor de lo visto, parece que el grado de cohesión pretendido para el mercado comunitario resulta incompatible con un margen estatal de decisión amplio a la hora de configurar requisitos de acceso al espacio económico nacional. Por su propia naturaleza, la convalidación de este tipo de actuaciones habrá de resultar excepcional, siendo insuficiente la invocación de un interés legítimo más o menos relevante o cercano⁴⁹⁷. Las discriminaciones formales únicamente podrán tener cabida como medio necesario para la protección de alguno de los intereses que los Estados miembros consideraron esenciales en el momento de creación de los Tratados.

5.3.2 La adecuación de la medida

Una vez comprobada la existencia de un fin legítimo, el control de la actuación nacional prosigue con el escrutinio de modo de intervención elegido por el Estado demandado para su consecución. Si se estima que el mismo no resulta adecuado para la consecución del fin pretendidamente perseguido, el obstáculo devendrá automáticamente ilícito.

Con toda seguridad, este paso intermedio conforma el menos intenso de los escrutinios desarrollados por el juez comunitario. En cualquier caso, la valoración de la adecuación de la medida no debe ser vista como un añadido superfluo. Por más que sean excepcionales, en la jurisprudencia comunitaria no han faltado los supuestos en los que una medida formalmente

⁴⁹⁶ STJCE de 19 de diciembre de 1961, *Comisión contra Italia*. Asunto 7/61. Declaró el incumplimiento por parte de Italia de sus obligaciones comunitarias como consecuencia de una suspensión temporal de las importaciones de productos que había sido justificada por razones de orden público ante el bajo precio de los productos de porcino. Hay que recordar que la posibilidad de invocar fines de carácter económico había sido generalmente aceptada por el Tribunal Supremo norteamericano incluso en los supuestos de aplicación más intensa del control. *Vid. Supra.*, p. 116.

⁴⁹⁷ No han faltado, sin embargo, algunos supuestos en los que el Tribunal de Justicia ha valorado la licitud de una actuación estatal formalmente discriminatoria en atención a una causa distinta de las previstas en el artículo 34 TFUE. Así ocurrió en la STJCE de 9 de julio de 1992, *Comisión contra Bélgica*. Asunto C-2/90. En la misma se amparó una norma nacional que imponía un régimen más gravoso a los residuos procedentes del extranjero por motivos medioambientales. Aunque la decisión dio lugar a una importante discusión doctrinal, no deja de suponer un caso aislado del que no parece adecuado extraer consecuencias generales.

discriminatoria orientada a la promoción de un interés legítimo ha sido anulada por su falta de idoneidad⁴⁹⁸.

5.3.3 La existencia de alternativas menos gravosas y la proporcionalidad en sentido estricto

Superados los controles precedentes, el último requisito para que la norma reguladora del acceso de los productos foráneos al mercado nacional resulte válida consiste en la inexistencia de alternativas igualmente eficaces, pero menos gravosas para el tráfico intracomunitario. Como se vio, la proximidad de este tipo de conductas a las técnicas proteccionistas parece justificar la aplicación de un juicio completo de proporcionalidad, de tal modo que el Estado demandado habrá de demostrar que su medida constituye el modo más eficaz de alcanzar la finalidad pretendida. Lo que es tanto como decir que la validez de su actuación depende en último extremo de dos variables tan difícilmente cuantificables como son el grado de eficacia de la medida y sus consecuencias negativas para los bienes foráneos.

Sin entrar a valorar los problemas teóricos que este tipo de enfoques lleva aparejados, creo que es adecuado destacar positivamente la postura adoptada por el Tribunal de Justicia en relación con este tipo de controles. En el Capítulo anterior puse de manifiesto cómo el Tribunal Supremo estadounidense había optado por no atribuir a la ponderación entre costes y beneficios un rol decisivo dentro del *juicio de unidad*. Ante la dificultad de construir un control claro sobre elementos tan abstractos, el juez norteamericano optaba por una actitud prudente que confiaba en el obstáculo pueda ser removido por el poder regulatorio del Congreso⁴⁹⁹. Este no es el caso del Tribunal de Justicia. Al enjuiciar las actuaciones estatales formalmente discriminatorias, el juez comunitario no se limita a realizar una comprobación

⁴⁹⁸ STJCE de 8 de julio de 1975, *Rewe Zentralfinanz contra Landwirtschaftskammer Bonn*. Asunto 4/75. En la misma, el Tribunal de Justicia consideró que la obligación de determinados controles fitosanitarios a las manzanas importadas de otros Estados miembros podía encontrar justificación en la protección de la salud y vida de las personas y animales y la preservación de los vegetales, incluidas en el artículo 34 TFUE. No obstante, al no extender este requisito a las manzanas producidas en el propio Estado, la medida no podía considerarse adecuada para alcanzar dicho objetivo.

⁴⁹⁹ *Vid. Supra.*, Capítulo II, p. 119.

puramente formal que depure únicamente las modalidades de intervención manifiestamente inadecuadas. En su lugar, la aplicación del *juicio de unidad* en sede comunitaria resulta caracterizada por la importancia que en el mismo se atribuye a los hechos fácticos que acompañan a la medida denunciada.

A la hora de valorar la existencia de alternativas menos gravosas, el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre la base de un razonamiento abstracto o hipotético, sino que funda su decisión sobre opciones realmente vigentes en otros Estados miembros⁵⁰⁰ o procedentes de la experiencia acumulada en otros asuntos⁵⁰¹. Y resultan igualmente destacables sus esfuerzos por valorar la situación concreta del Estado afectado antes de decidir sobre la validez de su actuación⁵⁰², para lo cual no duda en remitir al juez nacional la decisión definitiva sobre el cumplimiento de los requisitos derivados de la proporcionalidad cuando estima que carece de los elementos de juicio necesarios⁵⁰³. Se amplía así la capacidad de control, permitiendo la valoración

⁵⁰⁰ En este sentido, la STJCE de 15 de julio de 1982, *Comisión contra Reino Unido*. Asunto 40/82. El Tribunal de Justicia que la finalidad de protección de la salud de los animales que había tratado de conseguirse mediante la definición de un sistema de licencias para la importación de ciertos productos cárnicos podía conseguirse de una manera menos lesiva a través del control sanitario en frontera que se venía aplicando en otros Estados.

⁵⁰¹ El control de la existencia de alternativas menos gravosas encuentra un ejemplo claro en la STJCE de 20 de mayo de 1976, *De Peijper*. Asunto 104/75. Se discutía aquí la conformidad con el derecho comunitario de una ley holandesa que condicionaba las importaciones de medicamentos a la presentación de un documento en el que figuren determinadas informaciones sobre la composición y producción que únicamente pueden ser proporcionadas por el fabricante. El juez europeo invierte el argumento del Gobierno holandés acerca de la necesidad de la medida para proteger la vida y la salud de las personas prevista en el artículo 36 TFUE y razona que, dado el amplio grado de difusión de los productos afectados en los mercados nacionales, “una sencilla colaboración entre las autoridades de los Estados miembros les permitiría proporcionarse recíprocamente los documentos necesarios para la verificación de determinados productos más o menos normalizados y de gran difusión” (Ap. 27).

⁵⁰² Una muestra de este análisis puede verse en la STJCE de 11 de marzo de 1986, *Conegate*. Asunto 121/85. Ap. 20. Se trataba entonces de analizar si la prohibición británica de importación de objetos considerados “indecentes u obscenos” podía justificarse por motivos de moralidad pública. En su argumentación, el Tribunal elude la definición general acerca de qué cabe entender por “moralidad pública” y atiende a la regulación nacional para componer su juicio. El estudio de la misma revela la existencia de restricciones diversas a la comercialización de este tipo de productos en los distintos territorios que integran el Estado. El escenario no basta, empero, para apreciar la validez de la prohibición, pues ni las referidas prohibiciones alcanzan el grado de una prohibición absoluta de comercialización, ni ésta puede encontrar fundamento en la moralidad pública cuando las mercancías prohibidas pueden fabricarse libremente en el territorio nacional.

⁵⁰³ Por todas, STJCE de 5 de octubre de 1994. *Crespelle*. Asunto 323/93. Ap. 35. El Tribunal valida una ley francesa que obligaba a los importadores de semen bovino a depositarlo en un centro autorizado, con el consiguiente coste económico, porque resulta proporcional para la consecución de objetivos de objetivos sanitarios. No obstante, declara que la comprobación del

de otros elementos que para el Tribunal de Justicia podría resultar inaccesibles desde su posición⁵⁰⁴.

Por todo lo anterior, creo que puede decirse, sin temor a exagerar, que uno de los rasgos característicos de la aplicación de *juicio de unidad* en sede comunitaria consiste en su rechazo al manejo de criterios abstractos de decisión. La experiencia comunitaria pone de manifiesto que la resolución de los asuntos relativos a la integridad del espacio económico presenta un notable componente fáctico, un estudio de detalle que confiera al órgano judicial todos los elementos de juicio necesarios. La primera enseñanza que puede extraerse de la experiencia comunitaria quizás sea la ya mencionada de la inadecuación de los tiempos y procesos propios de la jurisdicción constitucional para ofrecer respuesta a los problemas relativos a la integridad del espacio económico. Al resolver este tipo de asuntos, el Tribunal de Justicia no actuaría como un Tribunal Constitucional encargado de la interpretación de los Tratados, sino dentro del ámbito que se puede considerar propio de la jurisdicción ordinaria.

5.3.4 El alcance de la decisión del Tribunal de Justicia

Al margen del carácter eminentemente fáctico del *juicio de unidad*, más arriba se apuntó que la configuración de este tipo de control en sede comunitaria también podría resultar interesante en lo relativo a la modulación de la declaración de invalidez efectuada por el Tribunal de Justicia.

carácter no discriminatorio de la norma no puede realizarse atendiendo únicamente a su texto, sino que es preciso comprobar el funcionamiento efectivo de los centros autorizados para el almacenaje, por lo que remite al juez nacional de decisión sobre este aspecto.

⁵⁰⁴ El elemento más destacado de los que se incluyen en esta categoría quizá lo constituya el alcance infraestatal de la norma impugnada. Sobre el mismo son de interés las SSTJCE recaídas en los asuntos *Ligur Carni* y *Aragonesa de Publicidad*. Asuntos acumulados 277/91, 318/91 y 319/91 y 1/90 y 176/90. Aps. 37 y 19 y ss., respectivamente.

La primera constata la incompatibilidad con el ordenamiento comunitario de una normativa municipal italiana por la que se obliga a los importadores de carne fresca a contratar los servicios locales de matadero, transporte y entrega de este tipo de mercancía o, al menos, al abono de la cuantía correspondiente a los mismos.

Por su parte, *Aragonesa de Publicidad* analiza el carácter discriminatorio de una norma catalana que prohibía la publicidad de bebidas alcohólicas de graduación superior a 25º. El juez europeo emplea un análisis realista en el que atiende al volumen de producción en el territorio catalán de las bebidas incluidas en la prohibición y concluye que la norma impugnada no tiene por objeto la protección de los productos propios de esta Comunidad Autónoma.

Aunque este aspecto cobrará mayor relieve en las restantes modalidades de obstáculos, quizás no sea superfluo señalar que la valoración negativa en cualquiera de los controles indicados determinará la incompatibilidad de la medida con el ordenamiento comunitario y su consiguiente exclusión. Los obstáculos derivados de una medida reguladora del acceso al mercado nacional imposibilitan de manera absoluta el ejercicio de la libre circulación de mercancías en el plano comunitario, por lo que el conflicto no admite una solución intermedia.

Más aún, la conexión de este tipo de regulaciones con el contenido esencial de la unidad de mercado también se deja ver en los efectos de un pronunciamiento positivo. En tales casos, la justificación del obstáculo para la consecución del interés legítimo no obsta para que la eficacia de la medida se reconozca únicamente con carácter transitorio, de tal manera que la alteración de sus circunstancias justificativas obligará a la eliminación⁵⁰⁵.

5.4 El juicio comunitario de unidad (III): normas definitorias de las características de los productos para su venta en el territorio estatal

Fuera de los supuestos en los que el legislador estatal provoca la peor situación de los productos procedentes otros Estados miembros a través de la ordenación de su acceso, la jurisprudencia comunitaria de las primeras décadas había venido confiriendo el mismo tratamiento a cualesquiera otras medidas que originasen un efecto similar, de tal manera que el hecho de que una norma regule directamente un producto o se refiera únicamente a la actividad de comercialización parecía irrelevante a efectos del proceso de control. En todos los supuestos, la medida se presumía inicialmente válida a expensas de la superación del *juicio de unidad*.

Fue, como se apuntó, a partir de la decisión del asunto Keck, cuando el juez comunitario estableció una distinción entre las *normas definitorias de las características que deben cumplir los productos para su comercialización en el*

⁵⁰⁵ STJCE de 5 de octubre de 1977, *Tedeschi contra Denkavit*. Asunto 5/77. Ap. 34.

mercado nacional y las relativas a las condiciones de venta. Comenzaré por referirme a las primeras, cuyo control constituye el verdadero núcleo de la garantía de la integridad del espacio económico comunitario, pese a resultar cualitativamente de menor intensidad que el de las normas reguladoras de la entrada de productos.

A la hora de justificar el porqué de esta gradación en la intensidad, conviene tener presente que la conexión de las medidas reguladoras de las características de los productos y los fines de carácter proteccionista resulta menos evidente que los supuestos anteriores. En efecto, más que un impedimento directo, este tipo de normas puede provocar una peor posición competitiva de los operadores foráneos: mientras el nacional cumple por defecto la regulación exigida, el extranjero debe realizar un esfuerzo adicional para adaptar su producción a la misma. El bien procedente de otro Estado miembro podrá acceder libremente al mercado nacional, pero con unos costes económicos superiores a los de sus competidores nacionales, de manera que, en último extremo, es posible que la vigencia de una normativa especialmente rigurosa termine por provocar la decisión de salida del mercado estatal por parte del operador foráneo.

Visto que las regulaciones sobre las características que deben cumplir los productos para su comercialización en el territorio nacional son igualmente aptas para conseguir un fin proteccionista, la duda que se plantea es porqué han de resultar, entonces, sujetas, a un régimen menos intenso de control. La respuesta parece estar en la relación que la norma tiene con respecto de la integridad del espacio económico. Hay que recordar que, en la resolución de *Keck*, el Tribunal de Justicia optó por interpretar la integridad del espacio económico –la noción de obstáculo– en términos que podríamos considerar espaciales, de acceso a cada uno de los mercados nacionales. El mercado interior no exige que las actividades económicas se ejerciten en condiciones de liberalismo. Y, desde esta lógica, parece claro que mientras las regulaciones sobre el acceso suponen –como se indicó– un conflicto directo con el núcleo más esencial del mercado interior, esta circunstancia no se da en las propias de las características de los productos. En este último supuesto, el acceso es a

priori libre, de donde se sigue que la decisión del legislador nacional para exigir que las mercancías reúnan unos determinados requisitos de etiquetado, envasado, etc. para su comercialización⁵⁰⁶ no supone necesariamente la ruptura del espacio económico.

Resulta así que la integridad del espacio económico comunitario no lleva aparejado el desapoderamiento del legislador nacional para exigir ciertas condiciones a los productos, sino la prohibición de que esta capacidad derive en la discriminación de los productos foráneos. Planteado en sus términos correctos, el *juicio de unidad* propio de las regulaciones sobre las características habrá de presentar los siguientes rasgos:

- a) Su aplicación requiere que *la norma recurrida se aplique de manera indistinta a todos los productos, nacionales y foráneos*. Cualquier regulación de características que se dirija exclusivamente a los productos foráneos habrá de calificarse como una regulación del acceso, sujeta, por tanto, al control visto anteriormente⁵⁰⁷.
- b) Su aplicación requiere, además, que *esa norma indistintamente aplicable tenga un efecto más perjudicial para la comercialización de los productos foráneos que para la propia de los nacionales*. De lo contrario, no existiría un obstáculo al comercio intracomunitario.
- c) Cumplidos los requisitos anteriores, *el control sobre las razones esgrimidas por el legislador nacional habrá de ser de menor intensidad*.

⁵⁰⁶ La amplitud de la expresión ha obligado a una definición extraordinariamente casuística de la categoría por parte del Tribunal de Justicia. De acuerdo con la misma, forman parte de este grupo las normas internas relativas a la denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, envasado, etc. de los productos. Por todas, la STJCE de 2 de febrero de 1994, *Clinique*. Asunto 315/92. Apartado 13. Pero también medidas de aplicación indistinta que no se refieren a las características del producto, sino a alguna circunstancia aneja a la misma y de las que se deriva la misma diferencia en los efectos, como puede ser la exigencia de que los proveedores de un bien dispongan de almacenes dentro del territorio estatal. STJCE de 27 de mayo de 1986, *Société Coopérative des Laboratoires de Pharmacie*. Asuntos acumulados 87 y 88/85. Parece, en fin, que la categoría “normas definitorias de las características de los productos para su venta en el territorio estatal” debe ser vista como una suerte de cajón de sastre al que se reconducen las medidas de las que se derivan gastos adicionales para el productor del bien así como, en general, cualesquiera otros supuestos dudosos relativos a la libre circulación de mercancías. EZQUERRA UBERO, José Javier: *La jurisprudencia “Cassis-Keck”...*, Ob. Cit., p. 304.

⁵⁰⁷ Sobre el diferente enfoque en atención al carácter distinta o indistintamente aplicable de la medida STJCE de 26 de octubre de 1995, *Comisión contra Alemania*. Asunto 51/94. Ap. 30.

En tanto que este tipo de conductas no lesiona directamente el núcleo esencial de la integridad económica, el margen de actuación de que dispone el legislador estatal habrá de ser superior.

En suma, las razones anteriores justifican –en mi opinión– que el control de las normas que exigen determinadas características a los productos para su comercialización arranque siempre de la consideración de este tipo de medidas como un obstáculo al comercio intracomunitario, pero que éste se presuma válido⁵⁰⁸. Habrá de ser el juez comunitario el que, en su caso, declare la ilicitud de la medida mediante un escrutinio estructuralmente semejante al de los requisitos de acceso señalado anteriormente, pero caracterizado por su carácter puramente fáctico. Lo que es tanto como decir que el control de las medidas reguladoras de las características de los productos pone de manifiesto que el *juicio de unidad* es más propio de la jurisdicción ordinaria que de la constitucional.

5.4.1 El fin legítimo o la necesidad de la medida

Como en cualquier juicio de proporcionalidad, el primer requisito que debe satisfacerse para que el obstáculo no resulte contrario al ordenamiento comunitario tiene que ver con la finalidad perseguida con su adopción. La unidad de mercado no es un principio absoluto, por lo que su protección habrá de resultar compatible con la existencia de medidas obstaculizadoras a la misma siempre que se funden en otro fin igualmente digno de protección. La simple presencia de un efecto obstaculizador no basta por sí misma para considerar prohibida la actuación estatal.

Como se recordará, uno de los elementos más incisivos del control de las medidas sobre el acceso al mercado nacional lo constituía el carácter restrictivo con que el Tribunal de Justicia interpretaba las causas legitimadoras previstas en el artículo 36 del Tratado de Funcionamiento. En contraste con

⁵⁰⁸ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, Ob. Cít., p. 528.

éste, la admisibilidad de las regulaciones relativas a las características de los productos resulta menos conflictiva. Siempre que no se apliquen de manera distinta a los productos nacionales y comunitarios⁵⁰⁹, el interés particular del empresario foráneo para proteger su posición competitiva habrá de ceder frente a un número indefinido de intereses estatales.

Lo anterior supone que el Estado demandado podrá justificar la adopción de una normativa reguladora de las características de los productos mediante la invocación, en primer lugar, de cualquiera de las causas señaladas en el artículo 36 del Tratado de Funcionamiento. No es ilógico pensar que si éstas bastaban por sí mismas para justificar el fraccionamiento del mercado interior mediante la restricción del acceso de mercancías, con mayor razón podrán ser útiles para convalidar las medidas de este tipo. A falta de armonización normativa desde el nivel comunitario, nada ilícito puede apreciarse, por ejemplo, en la decisión del legislador nacional de proteger la salud de sus ciudadanos obligando a que los productos medicinales se identifiquen como tales mediante la inclusión de un aviso de determinadas dimensiones en su envase.

Pero la menor entidad de la lesión en este tipo de supuestos determina que, además de por el elenco de causas incluidas en el artículo 36 del Tratado de Funcionamiento, las regulaciones indistintamente aplicables relativas a las características de los productos también puedan encontrar su justificación en las denominadas “exigencias imperativas”⁵¹⁰, esto es, en un interés público distinto de los expresamente recogidos en el Tratado, pero al que la jurisprudencia comunitaria ha venido otorgando una importancia

⁵⁰⁹ En caso contrario, la medida constituiría, según se vio, una regulación sobre el acceso de las mercancías, por lo que las causas en que pueden justificarse siguen la misma interpretación estricta que se apuntó en el apartado anterior.

⁵¹⁰ La expresión fue introducida por la STJCE de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*. Asunto 120/78. Ap. 8. Con posterioridad, el Tribunal de Justicia ha ido ampliando su contenido mediante la inclusión de un amplio número de intereses de todo tipo, como la eficacia de los controles fiscales, la competencia leal en las transacciones comerciales (STJCE de 13 de diciembre de 1990, *Pall*. Asunto 238/89. Aps. 20 y 21), el sistema nacional de prescripción médica de productos (STJCE de 10 de noviembre de 1994, *Ortscheit*. Asunto 320/93. Aps. 18 y ss.) o pluralismo de la prensa (STJCE de 26 de junio de 1997, *Familiapress*. Asunto 368/95. Ap. 18).

suficientemente notoria como para avalar una excepción a la libre circulación comunitaria de mercancías.

Así las cosas, no existe un *numerus clausus* de causas justificativas por las que el legislador estatal pueda imponer ciertas condiciones para la comercialización de los productos en el territorio nacional. En la medida en que no hay una relación inmediata de éstas con la integridad del espacio económico, el auténtico escrutinio se efectuará sobre los efectos – desproporcionados– que dicha regulación tiene sobre los productos procedentes de otros Estados miembros⁵¹¹.

5.4.2 La adecuación de la medida: las prohibiciones absolutas

Descartado un escrutinio intenso sobre las razones que justifican la adopción de la medida, el segundo aspecto a controlar por parte del juez comunitario es el relativo a su adecuación para alcanzar dicho fin. También aquí es de esperar que se articule un amplio ámbito de acción, de tal modo que el Tribunal de Justicia evite desplazar la función propia del legislador nacional, salvo en los –excepcionales– casos en los que la inadecuación resulte palmaria.

Con todo, este segundo paso del *juicio de unidad* presenta un interés especial en un tipo concreto de supuestos: las prohibiciones absolutas. Al cabo, ¿debe reconocerse al legislador nacional la potestad de prohibir absolutamente la venta de un determinado bien en un área concreta del espacio comunitario, como es su mercado nacional?

A primera vista, parece evidente que este tipo de decisiones llevan aparejada una prohibición de acceso al mercado nacional, por lo que habrían de calificarse como medidas relativas al mismo, con las consecuencias que para el control se derivan de ésta. Pero la clasificación habrá de ser distinta si se tiene en consideración que –precisamente– las prohibiciones absolutas de comercialización son las medidas de aplicación indistinta por antonomasia. Más

⁵¹¹ En este sentido, la STJCE de 25 de abril de 1985, *Comisión contra Reino Unido*. Asunto 207/83. Ap. 13.

aún, no es solo que estas actuaciones no distingan formalmente según la procedencia de los productos, sino que, en principio, sus efectos son exactamente iguales para todos ellos, por lo que su validez habría de resultar indiscutida.

Ciertamente, los supuestos de prohibiciones absolutas a la comercialización son escasos, pero eso no ha sido óbice para que –quizás por lo excesivo de la situación descrita– el juez comunitario haya empleado el control sobre la adecuación para incluir en el *juicio de unidad* un estudio detallado sobre los efectos prácticos de este tipo de medidas que suele terminar con su anulación.

En efecto, la tónica general en este tipo de asuntos ha sido la comprobación de que, pese a lo que pudiera parecer, la prohibición provoca un efecto más perjudicial para los operadores foráneos. La decisión de impedir la venta de un determinado tipo de productos quizás no redunde en un beneficio directo para el empresario nacional –que tampoco puede venderlos– pero sin duda favorece al ocupado en la comercialización de productos similares, que se ve liberado de un competidor. Vistas desde esta perspectiva, las prohibiciones absolutas de comercialización son, al menos, sospechosas de otorgar una ventaja a los productos nacionales que compiten con el prohibido⁵¹².

Establecida esta presunción, la decisión final del juez comunitario estará fundamentada en la estimación del volumen de producción de ese bien sustitutivo en el país que adoptó la prohibición⁵¹³. Nuevamente, el Tribunal de Justicia resuelve el asunto en atención a las circunstancias fácticas que rodean el asunto: si el análisis del mercado nacional evidencia que la producción del bien prohibido es notablemente reducida en comparación con la propia de los bienes alternativos autorizados, la medida será inválida por cuanto afecta casi

⁵¹² WEILER, Joseph: <<The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of Free Movement of Goods>>, en CRAIG, Paul; y DE BÚRCA, Grainne: *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 152.

⁵¹³ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, Ob. Cít., p. 537.

en exclusividad a los productores foráneos⁵¹⁴. En otras palabras, la prohibición absoluta de la venta de un bien no puede considerarse una medida adecuada para la protección de un interés legítimo allí donde ese bien resulta, por la propia estructura del mercado nacional, testimonial.

5.4.3 La existencia de alternativas menos gravosas y la proporcionalidad en sentido estricto

Fuera de los supuestos de control de las prohibiciones absolutas a la comercialización, la decisión del Tribunal de Justicia dependerá de la aplicación del último estadio del juicio de proporcionalidad.

La libertad de los Estados miembros para justificar su decisión de condicionar la venta de un bien al cumplimiento de ciertos requisitos encuentra su contrapunto en la valoración –al detalle– de los efectos obstaculizadores que tiene sobre los bienes foráneos. Así las cosas, para que la medida estatal sea convalidada, no basta con que el juez comunitario no aprecia la existencia de otras alternativas menos gravosas⁵¹⁵, sino que el grado de control efectuado en sede comunitaria llega a exigir que el problema al que el legislador trata de dar respuesta tenga carácter actual⁵¹⁶. De no ser así, el obstáculo habrá de ser considerado contrario al Derecho comunitario.

⁵¹⁴ En este sentido, la STJCE de 26 de junio de 1980, *Gilli & Andres*. Asunto 788/79. Se analizaba aquí la legitimidad de una ley italiana que prohibía la venta de vinagres que no procedieran de la fermentación del vino. El Tribunal de Justicia declaró que la medida era inválida porque en el mercado italiano la producción de vinagres de origen distinto al vino resultaba testimonial, de manera que la prohibición apenas afectaría a los productores nacionales, pero impediría la entrada de otros vinagres en régimen de competencia.

⁵¹⁵ Por todas, la STJCE de 27 de mayo de 1986, *Société Coopérative des Laboratoires de Pharmacie*. Asuntos acumulados 87 y 88/85. El Tribunal de Justicia señala que el control e inspección de medicamentos y el aprovisionamiento de las farmacias nacionales pueden conseguirse por medio menos lesivos que la exigencia adoptada en el sentido de que los proveedores de productos farmacéuticos tengan un local adecuado en el territorio nacional.

⁵¹⁶ Sobre esta cuestión, la STJCE de 2 de febrero de 1994, *Clinique*. Asunto 315/92. Ap. 21. Se analizaba la conformidad con el ordenamiento comunitario de una norma alemana que impedía la comercialización de determinados productos cosméticos bajo la denominación “Clinique” en un intento de proteger a los consumidores frente al posible error de atribuir a dichos productos un efecto médico. El TJCE rechaza la existencia de un riesgo para los consumidores, basando su opinión en las circunstancias reales de la comercialización de los bienes afectados: los productos afectados se vendían exclusivamente en perfumerías y no en farmacias, su presentación era la propia de un producto cosmético y su comercialización se realizaba en otros países con la denominación “Clinique” sin que se hubiese apreciado que tal uso induzca a

5.4.4 El alcance de la decisión del Tribunal de Justicia

Un último aspecto sobre el control de las medidas reguladoras de las características que deben cumplir los productos para su comercialización en el territorio nacional tiene que ver con los efectos de la decisión en los supuestos en que el Tribunal de Justicia considera que el obstáculo es incompatible con el Derecho comunitario. En principio, cabe considerar que las decisiones de este tipo llevan aparejada la inmediata obligación de remoción de la medida estatal por parte del Estado miembro. No obstante, las exigencias de la jurisprudencia comunitaria en este punto se han limitado a señalar que los requisitos físicos de comercialización considerados incompatibles con el mercado interior no pueden ser aplicados a las importaciones comunitarias.

Desde el punto de vista estrictamente comunitario esta línea jurisprudencial parece suficiente, por cuanto consigue eliminar la traba que en la práctica existía de cara a la comercialización de los bienes procedentes de otro Estado miembro. El problema está en lo que se ha dado en llamar situaciones “discriminación inversa”, esto es, en los supuestos en que la inaplicación de la norma a las importaciones tiene como efecto la peor situación competitiva de los bienes producidos en el territorio nacional. En relación con este tipo de asuntos vuelve a cobrar relevancia el alcance necesariamente limitado de la jurisdicción del Tribunal de Justicia: la decisión de aplicar una norma estatal a bienes producidos y comercializados dentro del mercado nacional constituye una “situación puramente interna” que escapa a su conocimiento por el Tribunal de Justicia⁵¹⁷. Antes bien, corresponde al juez nacional, mediante la aplicación del ordenamiento jurídico estatal, decidir sobre este tipo de cuestiones⁵¹⁸.

error a los consumidores. No existe, por tanto, un riesgo real de error que justifique la decisión tomada por el legislador.

⁵¹⁷ Sobre las “situaciones puramente internas” como ámbito ajeno a la competencia del Tribunal de Justicia, *Vid. Supra.*, pp. 164 y ss.

⁵¹⁸ Por todas, STJCE de 18 de febrero de 1987, *Mathot*. Asunto, 98/86. Aps. 7 y 9. En cualquier caso, la inaplicabilidad de las disposiciones internas tras un pronunciamiento del TJCE no supone el único origen posible de una situación de discriminación inversa. Ésta también pueden producirse a resultas de una actuación armonizadora de la Unión que se limite únicamente a la fijación de unos requisitos de producción mínimos, permitiendo a los Estados

Con todo, quizás sería erróneo considerar este tipo de situaciones desde una perspectiva meramente procesal. No en vano, las “discriminaciones inversas” permiten avanzar en una armonización de mínimos susceptible de garantizar la libre circulación intracomunitaria, pero sin derivar en la homogeneización de los productos disponibles en el mercado europeo. Quizás resulte paradójico, pero no reclamar a los operadores foráneos el cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para los propios puede provocar –al menos temporalmente– una mejor situación práctica de los productos nacionales, de mejor calidad y valor según los parámetros de consumo del país⁵¹⁹. Especialmente teniendo en cuenta la relación indirecta que existe entre la integridad del espacio económico nacional y las medidas reguladoras de las características exigidas para la comercialización del producto.

5.5 El juicio comunitario de unidad (III): normas reguladoras de ciertas modalidades de venta

El último grupo normativo al que resulta de aplicación el *juicio de unidad* definido en sede comunitaria lo constituyen las medidas restrictivas o prohibitorias de determinadas modalidades de venta⁵²⁰, esto es, las relativas al modo en que ha de desarrollarse la propia actividad comercial –apertura de

mantener unos estándares más altos siempre que los mismos no se apliquen a los productos importados. POIARES MADURO, Miguel: *We the Court...*, Ob. Cit., p. 154.

⁵¹⁹ Un ejemplo de este tipo de beneficios puede verse en relación con la STJCE de 12 de marzo de 1987, *Comisión contra Alemania*. Asunto 178/84. El juez comunitario concluyó la incompatibilidad con el ordenamiento comunitario de una Ley alemana que condicionaba la venta de cerveza al cumplimiento de una serie de características de producción. Las autoridades alemanas optaron entonces por la inaplicación de la norma a los productos importados, pero mantuvieron su vigencia con respecto a los elaborados en su territorio. Estos mantienen, por tanto, la fórmula tradicional de producción, más rigurosa, con la consiguiente mejora de su posición en el mercado europeo.

A pesar de su innegable interés, este tipo de soluciones no ha parecido haber sido exploradas por el legislador español para el funcionamiento del espacio económico nacional regulado por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

⁵²⁰ La doctrina científica ha venido a coincidir en el carácter ambiguo de esta modalidad, por cuanto el Tribunal de Justicia no ha ofrecido un concepto unívoco sobre lo que constituye una “regulación de ciertas modalidades de venta”. Por todos, OLIVER, Peter: *Free Movement of Goods in the European Community under Articles 28 to 30 of the EC Treaty*, Sweet & Maxwell, Londres, 2003, p. 125. En su lugar, el juez comunitario se ha limitado a señalar que este tipo de regulaciones incluyen “disposiciones relativas a determinados métodos de comercialización”. STJCE de 2 de junio de 1994, *Tankstation ‘t Heikske y Boerman*, asuntos acumulados C-401/92 y C-402/92, Aps. 12 a 14. Se trata, por tanto, de una categoría notablemente abierta en la que tiene cabida cualquier actuación distinta de las regulatorias del acceso al mercado o las características que deben reunir los productos para su comercialización.

comercios, técnicas de venta, etc.— u otras anejas a la misma, tales como la publicidad⁵²¹, la promoción de artículos⁵²², o, incluso, las regulaciones sobre el uso de los bienes, cuando las mismas afectan al acceso de bienes foráneos al mercado nacional⁵²³.

Sin lugar a dudas, ésta resulta la categoría más problemática de cuantas se han venido exponiendo, por cuanto acerca la integridad del espacio económico a la protección del ejercicio de la actividad comercial. Parece más o menos claro que la jurisdicción del Tribunal de Justicia pueda alcanzar a la totalidad de medidas directamente dirigidas a los productos, siempre que tengan como efecto la peor situación competitiva de los procedentes de otros Estados miembros. Pero no lo es tanto que la prohibición de discriminación que subyace en el Tratado de Funcionamiento pueda justificar el control judicial sobre el modo —más o menos liberalizado— en que debe desarrollarse la actividad comercial. O se detalla el modo en que las regulaciones sobre ciertas modalidades de venta obstaculizan la libre circulación de mercancías, o, de lo contrario, la protección de la integridad del espacio económico esconde, en realidad, una garantía de la libertad para el acceso y ejercicio de la actividad económica que lleva a eliminar cualquier condicionamiento estatal a la misma.

⁵²¹ STJCE de 25 de julio de 1991, *Aragonesa de Publicidad*. Asuntos acumulados 1/90 y 176/90. Analiza si una norma catalana que prohibía la publicidad de bebidas alcohólicas de graduación superior a 25º podía ocultar una finalidad proteccionista por cuanto la práctica totalidad de las bebidas alcohólicas producidas en esa región no superan dicha graduación.

⁵²² STJCE de 15 de diciembre de 1982, *Oosthoek*. Asunto 286/81. Ap. 9. El caso versaba sobre la legitimidad de una norma holandesa que prohibía que los vendedores de enciclopedias pudiesen ofrecer libros para primar a los compradores.

⁵²³ STJCE de 4 de junio de 2009, *Mickelsson*, Asunto C-142/05. En este asunto, el Tribunal de Justicia determinó que la prohibición del empleo de motos de agua fuera de las áreas designadas por el Gobierno podía condicionar el comportamiento de los compradores de este tipo de máquinas hasta el punto de constituir un obstáculo a la libre circulación de mercancías. En el mismo sentido, la STJCE de 10 de febrero de 2009, *Comisión contra Italia*, Asunto C-110/05, sobre la prohibición de circulación de las motocicletas con sidecar. O la STJCE de 10 de abril de 2009, *Comisión contra Portugal*, Asunto C-265/06, relativa a la prohibición de colocar láminas tintadas en los parabrisas de los coches.

La proliferación de este tipo de asuntos ha ocasionado que algún autor muestre su preferencia por identificar un nuevo *juicio de unidad* distinto de los anteriores. Así, ALONSO MÁZ, María José: <<El marco comunitario...>>, *Ob. Cit.*, p 59. Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre la confusión existente en la aplicación de la doctrina *Keck*, la línea jurisprudencial seguida en relación con las prohibiciones de uso maneja el mismo criterio de acceso al mercado nacional para apreciar la existencia de obstáculos.

Creo que la revisión de la jurisprudencia comunitaria permite sostener la primera opción⁵²⁴.

5.5.1 La posición de la doctrina *Keck* en la jurisprudencia sobre la integridad del espacio económico comunitario

Durante sus primeras décadas el juez europeo mantuvo una línea confusa que manejaba indistintamente el acceso al mercado nacional y el funcionamiento sin trabas del espacio económico comunitario como parámetros de validez de las actuaciones estatales. En base a la misma, el alcance del artículo 34 del Tratado de Funcionamiento pareció extenderse potencialmente a cualquier regulación estatal que, sin tener una intención proteccionista, tuviera –a juicio del Tribunal de Justicia– como efecto dificultar de manera relevante el acceso de los productos procedentes de otro Estado miembro⁵²⁵. En otras palabras, a falta de una construcción doctrinal precisa, correspondió al juez comunitario valorar, caso por caso, la conveniencia y alcance de su intervención.

En *Keck*⁵²⁶, el Tribunal de Justicia vino a poner fin a la ambigüedad. Más que una alteración de su alcance material, esta sentencia operó la reordenación de los asuntos, depurando un buen número de supuestos dudosos en los que la relación entre la medida impugnada y la libre circulación

⁵²⁴ La opinión contrasta con la lectura clásica efectuada por un amplio sector doctrinal inmediatamente después de la resolución del asunto *Keck*. Para estos autores, el escrutinio judicial resultaría desvirtuado por el empleo del objeto –mercancía o actividad comercial– de la actuación como criterio para la aplicación del artículo 34 del tratado de Funcionamiento, mientras sus efectos sobre el tráfico intracomunitario quedaban en segundo plano. Entre otros, WEATHERHILL, Stephen: <<After Keck: Some thoughts on how to clarify the clarification>>, en *Common Market Law Review*, Vol. 33, 1996, pp. 885 y ss.

⁵²⁵ En este sentido, la STJCE 21 de marzo de 1991, *Monteil et Samanni*. Asunto C-60/89, donde el juez comunitario señaló que la prohibición de venta de productos de parafarmacia en establecimientos de comercio general suponía una medida de efecto equivalente pues “No puede descartarse la posibilidad de que la obligación a que puede hallarse sometido un operador, o bien a adoptar distintos sistemas de publicidad o de promoción de ventas en función de los Estados miembros de que se trate o bien a abstenerse de utilizar un sistema que considera especialmente eficaz, puede constituir un obstáculo a las importaciones, aun e n el caso de que tal normativa se aplique indistintamente a los productos nacionales y a los importados” (Ap. 37).

⁵²⁶ STJCE de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard*. Asuntos acumulados 267/91 y 268/91.

de mercancías dista de ser evidente⁵²⁷. Frente al casuismo, el juez comunitario definió un criterio unívoco de actuación que acompañó de una –formalmente nueva– categoría de carácter excepcional: el artículo 34 del Tratado de Funcionamiento no supone el funcionamiento desregularizado del mercado interior, sino el libre acceso al mercado nacional de cada uno de los Estados miembros. Con carácter general los obstáculos de este tipo procederán de las normas directamente dirigidas a los productos, pero en algunos casos las regulaciones sobre el comercio en general también pueden mermar dicho acceso⁵²⁸.

Con este cambio, el modelo comunitario de unidad de mercado pasa a adquirir el mismo criterio espacial empleado por el Tribunal Supremo norteamericano, de suerte que se distingue entre las medidas que obstaculizan la libre circulación de mercancías y las que dificultan el comercio en general⁵²⁹. Las primeras suponen una fragmentación del espacio económico y habrán de ser controladas mediante la aplicación del *juicio de unidad*. Las segundas pueden lastrar el funcionamiento ideal del mercado, pero no parecen adecuadas para la consecución de los objetivos proteccionistas prohibidos por el Tratado de Funcionamiento, por lo que permanecen fuera del alcance de su artículo 34⁵³⁰. Entre unas y otras, *Keck* apunta que las regulaciones sobre determinadas modalidades de venta pueden saltar de una categoría a otra en función de su efecto restrictivo se focalice especialmente sobre los productos procedentes de otros Estados miembros. Según su propia interpretación de la doctrina *Keck*, para que las regulaciones sobre determinadas modalidades de

⁵²⁷ La radicalidad con que la sentencia parece apartarse de la jurisprudencia precedente fue matizada por la evolución subsiguiente a *Keck*. Así las cosas, donde parecía que el juez comunitario consagraba su negativa a controlar las medidas que afectan al comercio en general, los fallos subsiguientes confirmarán la inclusión de este tipo de asuntos dentro del ámbito judicial de control siempre que el recurrente justifique que tales medidas provocan un efecto diferente sobre los productos importados hasta el punto de constituir un obstáculo a la libre circulación de mercancías. En este sentido, KOUTRAKOS, Panos: <<On groceries, alcohol and olive oil: more on free movement of goods after Keck>>, en *European Law Review*, Vol. 26, 2001, p. 407.

⁵²⁸ *Vid. Supra.*, Epígrafe 5.5.

⁵²⁹ En este sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización...*, pp. 602 y 603.

⁵³⁰ Por su propia naturaleza, este tipo de obstáculos al comercio en general guardan una relación más directa con el ejercicio de los derechos subjetivos de carácter económico – *substantive due process* –, cuando no con la dimensión positiva de la integración. Sobre esta cuestión en el ámbito norteamericano, *Vid. Supra.*, Nota 157.

venta permanezcan ajenas a su capacidad de control, no deben poder impedir el acceso al mercado de los productos procedentes de otro Estado miembro o dificultarlo en mayor medida que dificultan el de los productos nacionales⁵³¹.

Por todo ello, creo que, frente a las tesis que sostienen su abrogación a consecuencia de su ineficacia⁵³², una aproximación más acertada a la doctrina *Keck* pasaría por su interpretación como una respuesta concreta a un problema específico: la necesidad de identificar el punto a partir del cual una medida reguladora de la actividad comercial pone en riesgo la integridad del espacio económico. Y ese punto pasa –una vez más– por un *juicio de unidad* de carácter fáctico en el que el Tribunal de Justicia pueda valorar el efecto que una medida aparentemente inidónea para los objetivos proteccionistas tiene para el tráfico intracomunitario de bienes⁵³³. Cuestión distinta es que la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia haya adquirido un notable margen de incertidumbre a resultas de dos hechos procedentes del legislador comunitario y del propio juez europeo.

Comenzando por aquél, resulta sobradamente conocido que la aprobación de la Directiva de servicios⁵³⁴, definió un régimen de liberalización y escasa regulación como mecanismo para favorecer la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito comunitario. Pues bien, era de esperar que el carácter lábil del razonamiento seguido en *Keck* para convertir las regulaciones sobre ciertas modalidades de venta en una cuestión relativa a la libre circulación de mercancías produjera un cierto “efecto

⁵³¹ STJCE de 15 de julio de 2004, *DynaSvelte Koffe*, Asunto C-239/02. Ap. 5. En el mismo sentido, STJCE de 8 de marzo de 2001, *Gourmet*. Asunto 405/98. Ap. 18.

⁵³² En este sentido, Tryfonidou reconoce que no es sencillo señalar la posición ocupada por la sentencia *Keck* en un escenario jurisprudencial que oscila entre la omisión de cualquier referencia a la misma y su empleo para la determinación de la validez de la medida. TRYFONIDOU, Alina: <<Further steps on the road...>>, *Ob. Cit.*, p. 50.

⁵³³ En este sentido, la STJCE de 23 de febrero de 2006, *A-Punkt*. Asunto 441/04. Ap. 26. Analizaba la conformidad con el derecho comunitario de una disposición austriaca que prohibía la venta a domicilio de productos de oro y plata. El Tribunal no aprecia que la norma impugnada incumpla los requisitos definidos en *Keck*, pero reconoce que carece de los elementos de juicio necesario para pronunciarse sobre la existencia de una discriminación de hecho, por lo que remite la decisión final sobre este asunto al juez nacional. Esta necesidad de reforzar la relación entre el Tribunal de Justicia y los órganos judiciales internos ha sido destacada, entre otros, por KOUTRAKOS, Panos: <<On groceries, alcohol...>>, *Ob. Cit.*, p. 407.

⁵³⁴ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior, comúnmente conocida como “Directiva Bolkestein”.

contagio”. Así las cosas, la conexión entre el origen geográfico del bien y el propio del operador puede dar lugar a que la vigencia de un régimen de autorización administrativa para la apertura de establecimientos comerciales sea entendida como un obstáculo a la libre circulación⁵³⁵.

De igual modo, y en conexión con lo anterior, la actividad del propio juez comunitario ha contribuido a dificultar la comprensión del control de las normas reguladoras de ciertas modalidades de venta al incluir entre las mismas la ordenación del uso de los productos. En este sentido, parece sencillo coincidir en el razonamiento de que las prohibiciones o limitaciones al uso de un determinado bien pueden tener un efecto perjudicial para la comercialización del mismo, pues su compra resultará menos atractiva para el consumidor⁵³⁶. En condiciones normales, parece presumible que nadie realizará un desembolso económico relevante para adquirir un producto cuya utilización resulta fuertemente condicionada. Otra cosa es que este razonamiento derivado de la lógica de las cosas pueda llegar a convertirse en un criterio procesal.

En efecto, la jurisprudencia actual no parece encontrar reparos en referirse a la importancia del comportamiento de los consumidores a la hora de decidir sobre la existencia de un obstáculo a la libre circulación. Pero no creo

⁵³⁵ En este sentido, STJUE de 24 de marzo de 2011, *Comisión contra España*, Asunto C-400/08. La sentencia revisa la normativa catalana de para el establecimiento de superficies comerciales que imponía un régimen de autorización indistintamente aplicable a los operadores que deseen ubicarse en dicho territorio. El asunto es resuelto mediante la aplicación de la libertad de servicios, pero esto no impide apreciar cómo el juez comunitario deja abierta la posibilidad de las lesiones de este tipo se conecten con las propias de la libre circulación de mercancías, pues “una normativa nacional que supedita el establecimiento de una empresa de otro Estado miembro a la expedición de una autorización previa, (...) puede entorpecer el ejercicio, por tal empresa, de la libertad de establecimiento, *impidiéndole desarrollar libremente sus actividades a través de un establecimiento permanente*”. Ap. 65. *Cursiva añadida*. En la medida en que el operador busca la apertura de un establecimiento permanente para la venta de productos y el origen de éstos se presume idéntico al de aquél, cabe la posibilidad de hacer un salto desde la Directiva de servicios a la libre circulación de mercancías.

Por lo demás, esta relación entre la prestación de servicios y la circulación de mercancías también aparece en nuestro ordenamiento jurídico, donde la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, define un mismo régimen jurídico para ambas libertades. *Vid. Infra. Capítulo IV, Epígrafe 8.*

⁵³⁶ En este sentido, la STJCE de 10 de febrero de 2009, *Comisión contra Italia*, Asunto C-110/05, relativa a la prohibición de uso de remolques en las motos vigente en dicho país. Aunque finalmente la medida sería aceptada por razones de seguridad vial, el juez comunitario dejó sentado “que la prohibición del uso de un producto en el territorio de un Estado miembro tiene una influencia considerable sobre el comportamiento de los consumidores, que afecta, a su vez, al acceso de dicho producto al mercado de este Estado miembro.” (Ap. 56).

que éste deba ser entendido como un criterio de decisión. Si así fuera, parece que se trataría de un parámetro extraño.

Primeramente, por la identificación del grupo de consumidores que habrá de tenerse en cuenta: ¿Son únicamente los consumidores directos del bien o, por el contrario, habrá que tener en cuenta los efectos de la medida sobre los bienes sustitutivos?⁵³⁷ Dado el enfoque realista que parece orientar la labor judicial, parece adecuado decantarse por esta última opción, pero no existe un pronunciamiento claro al respecto. Todo ello sin perder de vista que – en segundo lugar– el comportamiento de los consumidores sería un criterio aún más elusivo que los manejados con anterioridad, por cuanto abre la puerta a valoraciones sociológicas difícilmente cuantificables en sede judicial.

En fin, conferir al comportamiento de los consumidores la condición de parámetro de decisión parece excesiva. En esta búsqueda de un enjuiciamiento lo más realista posible se correría el riesgo, a mi juicio, de conformar un control difícilmente sistematizable que conjuga rasgos jurídicos, económicos y hasta psicológicos. El problema ya no es que el *juicio de unidad* deba aplicarse por el tribunal más cercano a los hechos, sino que la propia

⁵³⁷ Una de las críticas suscitadas por el control de las regulaciones relativas al uso de los productos tiene que ver con la posible mutación del *juicio de unidad*, que habría dejado de ser una garantía de la integridad del espacio económico para serlo del ejercicio de la actividad económica. Y, en efecto, es preciso reconocer que, por más que este tipo de normas pueda afectar a la libre circulación de mercancías, no resulta sencillo apreciar la existencia de un resultado discriminatorio. Así, la prohibición del uso de láminas para el tintado de los cristales del automóvil puede hacer escasamente atractiva la compra de este producto, pero parece que el efecto se distribuirá por igual entre los productores nacionales y comunitarios. Si así fuera, habría que concluir que, al menos para este tipo de asuntos, la doctrina *Keck* estaría abrogada. En este sentido, GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: <<La sentencia Ludwigs–Apotheke, relativa a la publicidad de los medicamentos: ¿dónde estás, “Keck y Mithouard”?>>, en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, Núm. 25, 2008, pp. 67-85.

Sin embargo, es posible sostener las prohibiciones indistintamente aplicables sobre el uso de un producto pueden llegar a originar dicho efecto discriminatorio. La clave está en cambiar el enfoque: la mercancía discriminada no será aquella cuya utilización resulta prohibida, sino sus productos sustitutivos. Quizás la prohibición sobre las láminas tintadas afecte por igual a los productores de este bien, sea cual sea su nacionalidad, pero es posible que, en paralelo, provoque un aumento de las ventas de otros productos, por ejemplo, los parasoles. Será, por tanto, la estructura del mercado de parasoles la que determine si aquella prohibición provoca un efecto discriminatorio. Existirá un obstáculo en la medida en que la prohibición del empleo de láminas tintadas sitúe en mejor posición a los productores nacionales de parasoles respecto de sus competidores. En esta línea de razonamiento, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: <<La libre circulación de mercancías en los sistemas políticos descentralizados: ¿garantía de la libertad económica o prescripción del proteccionismo?>>, en *Civitas. Revista española de Derecho Europeo*, Núm. 35, 2010, *Passim*.

noción de obstáculo a la libre circulación termina dependiendo de aspectos tan cambiantes como las dinámicas de consumo. De ahí que, más que un criterio para decidir sobre la existencia de un obstáculo, el comportamiento de los consumidores deba ser visto como un filtro para la aplicación del *juicio de unidad* en asuntos dudosos: sólo procederá su aplicación a las regulaciones indirectamente relacionadas con el tráfico de mercancías cuando el efecto discriminatorio parezca razonable o el demandante acredite de forma suficiente que la medida enjuiciada hace menos atractiva la adquisición de productos foráneos⁵³⁸.

5.5.2 Diferencias procesales respecto de los controles anteriores

De aceptarse este enfoque, la similitud entre el control aplicado a estas medidas y el propio sobre las características de los productos adquiere pleno sentido. Si las “regulaciones sobre ciertas modalidades de venta” conforman un cajón de sastre desde el que proceder a la fiscalización de cualquier regulación comercial por su incidencia en el tráfico intracomunitario de bienes, es lógico pensar que el proceso seguido para este control sea el mismo que se maneja con respecto a las medidas directamente dirigidas a los productos, aunque adaptado, claro está, a las características propias del nuevo objeto. Por decirlo de manera más sencilla, en cuanto que la medida comercial afecta a la libre circulación de mercancías, el parámetro de control seguirá siendo –como en los supuestos anteriores– el acceso al mercado nacional⁵³⁹. Pero, en tanto que

⁵³⁸ En este sentido, al STJUE de 6 de octubre de 2011, *Bonnarde*, Asunto C-443/10. Enjuiciaba una disposición francesa que condicionaba la obtención de una prima ecológica a presencia de una mención específica en el permiso de circulación, mención que no aparecía en la documentación propia de los vehículos importados. Antes de remitir la resolución concreta del asunto al juez nacional, el Tribunal de Justicia ratifica la aplicabilidad del *juicio de unidad* porque: “el hecho de que la mención “vehículo de demostración” deba figurar en el permiso de circulación de los vehículos de demostración para tener derecho a la prima ecológica puede influir en el comportamiento de los compradores y, por consiguiente, afecta al acceso de dichos vehículos al mercado de este Estado miembro” (Ap. 30)

⁵³⁹ ALONSO MAS, María José: <<El marco comunitario...>>, *Ob. Cit.*, p. 55. También GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: <<El TJCE confirma su jurisprudencia favorable a las alegaciones relativas a la salud en el etiquetado de los productos alimenticios: la sentencia “Dyna Svelte Café”>>, en *Unión Europea Aranzadi*, Núm. 1, 2005, p. 15.

categoría excepcional de control, corresponde al recurrente aportar los indicios necesarios para justificar la participación del Tribunal de Justicia⁵⁴⁰.

Fuera de esta inversión de la carga de la prueba, el esquema procesal desarrollado por el juez comunitario con ocasión de este tipo de asuntos resulta sustancialmente idéntico al que se señaló en el apartado anterior⁵⁴¹. En consecuencia, desde el momento en que el recurrente acredita que la normativa impugnada no resulta igual para todos los operadores⁵⁴², el juez europeo establece una conexión tácita entre los orígenes de comerciante y producto. En síntesis, el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia supone que, aunque es posible que un número relativamente significativo de operadores nacionales se dedique a la venta de productos importados, lo más habitual será que la entrada de mercancías procedentes de otros Estados comunitarios se realice primordialmente por comerciantes previamente

⁵⁴⁰ Es en este punto donde la fiscalización desarrollada por el juez comunitario se aparta de la propia de las normas reguladoras de las características de los productos: mientras que en éstas se presumía la existencia de tales efectos, en el caso de las regulaciones sobre ciertas modalidades de ventas corresponde al recurrente probar la diferencia en el trato.

La incertidumbre generada ha merecido un buen número de críticas por parte de la doctrina. Así, se ha discutido que una noción tan vaga como la propia de “modalidades de venta” dé origen a cambios significativos para la carga de la prueba. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: <<La libre circulación de mercancías...>>, *Ob. Cit.*, pp. 365-408. De igual modo, no ha faltado quien ha apuntado que si la diferencia entre una y otra categoría estriba en el efecto sobre el acceso al mercado, quizás hubiera sido más sencillo centrarse directamente en este criterio. GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: <<La sentencia Ludwigs–Apotheke ...>>, *Ob. Cit.*

⁵⁴¹ El carácter escasamente novedoso de esta doctrina fue escuetamente resumido por la Abogada General Stix-Hackl en sus Conclusiones a la STJCE de 11 de diciembre de 2003, (Asunto C-322/01) *0800 DocMorris NV*: “Los dos requisitos –tradicionales- de la jurisprudencia *Keck* son en realidad meras expresiones del requisito general en virtud del cual es necesario que la medida “no pueda impedir su acceso al mercado o dificultarlo en mayor medida que dificulta el de los productos nacionales”. por consiguiente, éste no es ni la consecuencia ni el tercer requisito, sino precisamente el criterio general superior.” (Ap. 74). En una línea similar, EZQUERRA UBERO, José Javier: *La jurisprudencia “Cassis-Keck”...*, *Ob. Cit.*, p. 239.

⁵⁴² Resulta de interés destacar que la jurisdicción del Tribunal de Justicia para conocer de este tipo de supuestos requiere únicamente que el término de comparación aportado se encuentre en una situación efectiva de competencia con el producto perjudicado, por lo que resulta irrelevante que el tipo de bien afectado no se produzca a nivel nacional. En este sentido, la STJCE de 29 de junio de 1995, *Comisión contra Grecia*. Asunto 391/92. El caso analizaba la conformidad con el derecho comunitario de una ley griega que obligaba a que la venta de leches transformadas para la primera infancia se realizase en farmacias. Aunque la inexistencia de producción de este tipo de alimentos en el territorio nacional descarta cualquier posible intención proteccionista, el juez comunitario reafirma su competencia por cuanto la aplicación del Derecho Comunitario “no puede depender de tal circunstancia fáctica y, es más, variable en el tiempo, pues ello provocaría la consecuencia ilógica de que una misma normativa estaría en determinados Estados incluida en el ámbito de aplicación del artículo 30, pero se escaparía de dicha disposición en otros Estados miembros” (ap. 17).

establecidos en estos⁵⁴³. Partiendo de esta premisa, las normativas sobre modalidades de venta que originen efectos distintos, de hecho o de derecho⁵⁴⁴, sobre los comerciantes nacionales y comunitarios dificultan la comercialización de los productos importados, por lo que constituyen un obstáculo a la libre circulación de mercancías⁵⁴⁵.

Una vez efectuada la transformación de un aparente supuesto sobre las condiciones de ejercicio de la actividad económica en otro relativo al acceso de mercancías foráneas al mercado nacional⁵⁴⁶, la medida habrá de superar un juicio clásico de proporcionalidad, en los términos apuntados en apartado anterior, del que resulte su carácter necesario para la protección de cualquiera de los intereses previstos en el artículo 36 del Tratado de Funcionamiento o de cualesquiera otras “exigencias imperativas”; la adecuación de la medida adoptada para el logro de dicho fin; así como la inexistencia de alternativas menos gravosas. Todo ello desde el enfoque esencialmente fáctico al que ya se hizo referencia en el apartado anterior⁵⁴⁷.

⁵⁴³ En este sentido, STJCE de 13 de enero de 2000, *TK Heimdienst*. Asunto 254/98. Ap. 26. Analizaba la conformidad con el derecho comunitario de una ley austriaca que condicionaba la venta ambulante de alimentos dentro de una unidad administrativa similar a la provincia a que el vendedor tuviera una sede física en dicho territorio o en un municipio adyacente. El juez comunitario aprecia la existencia de un obstáculo a la libre circulación de mercado derivado de los mayores costes en que los operadores comunitarios deben incurrir para poder realizar una actividad comercial. Implícitamente, el Tribunal proyecta sobre la libre circulación de mercancías las restricciones impuestas a los operadores económicos.

⁵⁴⁴ STJCE de 9 de julio de 1997, *De Agostini*. Asuntos acumulados 34, 35 y 36/95. Ap. 44. Analiza la compatibilidad comunitaria de una disposición sueca que prohibía la publicidad televisiva de destinada a captar la atención de los menores de doce años dado el carácter especialmente sensible de este grupo. El juez europeo da por supuesto el carácter general de la norma pero constata que su aplicación puede afectar de manera diferente a los productos nacionales e importados, por lo que remite al juez nacional la valoración de este extremo y la resolución del caso.

⁵⁴⁵ En un sentido relativamente similar, algún autor ha sostenido que la doctrina *Keck* habría sido abandonada como consecuencia de la progresiva tendencia del Tribunal de Justicia en el sentido de interpretar la libre circulación de mercancías de un modo cada vez más próximo a la libre prestación de servicios, relativizando el movimiento de los bienes en beneficio del propio de los operadores. TRYFONIDOU, Alina: <<Further steps on the road...>>, *Ob. Cit.*, pp. 38 y ss.

⁵⁴⁶ En este sentido, la STJCE de 15 de julio de 2004, *Dyna Svelte Koffie*, Asunto C-239/02, Ap. 51. Analizaba la legitimidad de una regulación belga que imponía que la comercialización de productos de café solo pudiera realizarse bajo determinadas denominaciones.

⁵⁴⁷ A este respecto, el escrutinio del Tribunal de Justicia no se limita a la normativa impugnada, sino a la regulación nacional en su conjunto. Así, en *Ortscheit* el juez comunitario consideró ilícita la prohibición de publicitar medicamentos carentes de autorización sanitaria para su comercialización en el mercado nacional, por cuanto el ordenamiento de referencia admitía la importación de los mismos desde otro Estado miembro en determinadas condiciones. La

5.5.3 El alcance de la decisión del Tribunal de Justicia

Donde sí se producen variaciones es en lo relativo a las consecuencias de un posible pronunciamiento negativo por parte del Tribunal. A diferencia del supuesto anterior, la declaración de que la medida obstaculizadora resulta desproporcionada para el logro del fin perseguido no puede limitarse a su inaplicación con respecto de los productos importados. Pese a los intentos del Tribunal de Justicia por convertir el problema en una cuestión relativa a la libre circulación de mercancías, sería ilusorio desconocer que la medida obstaculizadora sigue teniendo como destinatarios directos a la totalidad de comerciantes que operan en el mercado nacional de referencia. Por este motivo, la solución no puede ser otra que instar la modificación o derogación de la disposición por parte del legislador interno, pues cualquier intento de limitar la aplicabilidad de la medida a un grupo reducido de los mismos conduciría inexorablemente a situar al resto en una situación desventajosa⁵⁴⁸.

En suma, el diseño establecido en *Keck* no reduce en modo alguno el alcance potencial del control comunitario, sino que se limita a exigir una mayor justificación de los perjuicios derivados de aquellas conductas que carecen de una relación clara con la libre circulación de mercancías, bajo la forma de la inversión de la carga de la prueba. Antes bien, visto desde *el punto de vista procesal*, el acierto de *Keck* consiste en la creación de una categoría abierta susceptible de dar cobertura al control judicial sobre cualquier actuación distinta de las medidas que ordenan el acceso al mercado nacional y, en menor medida, de aquellas otras que condicionan el mismo al exigir que el producto reúna determinadas características para su venta en el país, *siempre que el*

medida impedía, por tanto, que los consumidores pudieran conocer la existencia de estos productos legítimamente comercializados. STJCE de 10 de noviembre de 1994. Asunto 320/93. Aps. 9 y ss.

En la misma línea, el enfoque realista habría llevado al Tribunal de Justicia a relativizar la importancia económica del menoscabo causado por la norma, de tal forma que se dificulta la libre circulación tanto en los casos en que el producto afectado no puede venderse con beneficio como en aquellos en los que se neutraliza la ventaja de la que disfruta como consecuencia de sus inferiores costes de producción. En este sentido, EZQUERRA UBERO, José Javier: *La jurisprudencia "Cassis-Keck"...*, Ob. Cit., p. 247.

⁵⁴⁸ *Idem.*, p. 272.

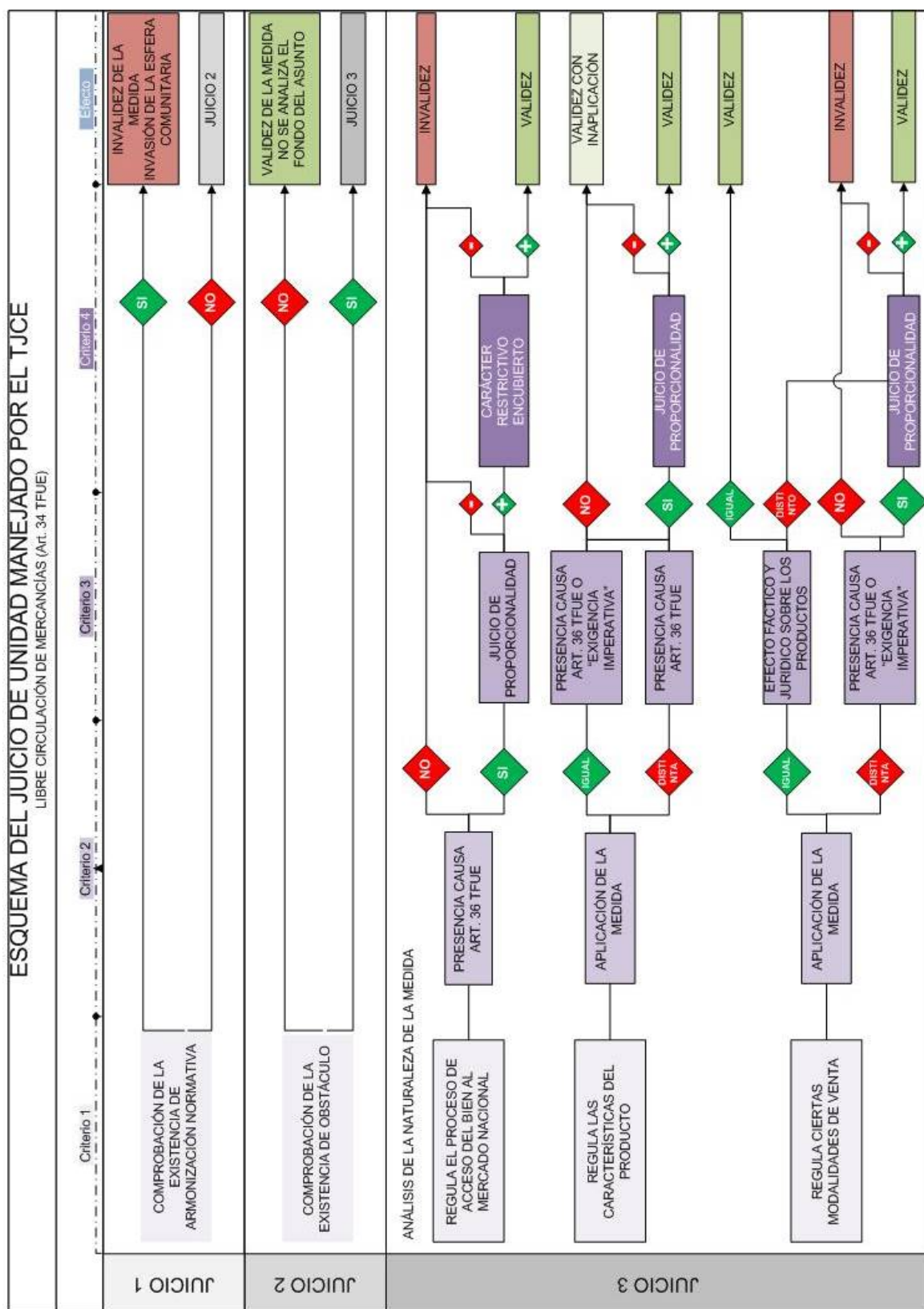
recurrente sea capaz de acreditar la existencia de un perjuicio focalizado en los productos foráneos.

5.6 Panorámica: el *juicio de unidad* en el espacio económico comunitario

A diferencia de lo ocurrido en el modelo jurídico estadounidense, la progresiva armonización normativa derivada de la utilización de los mecanismos de integración positiva de que dispone la Unión Europea no ha traído consigo la pérdida de importancia del control judicial sobre los obstáculos a la libre circulación. La adhesión a la Unión Europea no ha determinado un contenido uniforme de la libertad de circulación, permitiendo su libre configuración por el ordenamiento nacional con respecto a las “situaciones puramente internas”. Antes bien, el espacio económico comunitario sigue descansando sobre garantías jurisdiccionales construidas sobre la premisa de que el mercado interior coordina, pero no sustituye, a los mercados de los Estados miembros.

Desde el punto de vista procesal, el *juicio de unidad* manejado por el Tribunal de Justicia toma como fundamento el juicio clásico de proporcionalidad, al que dota de una estructura notablemente compleja por su carácter técnico. En realidad, el *juicio de unidad* manejado en sede comunitaria arranca de una premisa que ya aparecía en la experiencia estadounidense, si bien allí no ha alcanzado un grado de detalle similar: a cada tipo de obstáculo a la integridad del espacio económico le corresponde una clase determinada de parámetros adaptada a sus rasgos propios. El resultado es la aparición de un esquema de control integrado por una diversidad de niveles de intensidad. Al control sobre la titularidad de la competencia, convertido aquí en un escrutinio sobre la existencia de armonización comunitaria⁵⁴⁹, le siguen tres alternativas posibles en atención a la clasificación de la medida enjuiciada.

⁵⁴⁹ En este sentido, el legislador europeo resulta capacitado para definir un régimen jurídico común de protección para todo el espacio económico comunitario o, al menos, para fijar los



En consecuencia, resulta posible identificar en el artículo 34 del Tratado de Funcionamiento un núcleo duro de conductas prohibidas por su especial idoneidad para la consecución de fines de carácter proteccionista. De ahí que el control sobre las *medidas ordenadoras del acceso de productos extranjeros al mercado nacional* se desarrolle sobre la base de una presunción de invalidez que toca al Estado desacreditar.

Por su parte, en la aprobación de *normas definitorias de las características que deben cumplir los productos para su comercialización en el mercado nacional*, la ventaja obtenida por los empresarios nacionales es únicamente relativa, por cuanto sus productos también vienen obligados a satisfacer los requisitos previstos en la norma. Ahora bien, mientras el productor foráneo habrá de incurrir en nuevos costes para la adaptación de sus mercancías a las regulaciones de los distintos mercados nacionales, la observancia de tales requisitos por su homólogo nacional resulta espontánea. Por este motivo, la respuesta ofrecida por el Tribunal de Justicia pasa por definir un nivel intermedio de control. De una parte, se presume que las medidas de este tipo constituyen un obstáculo a la libre circulación de mercancías. Pero al tiempo, se relajan los requisitos de validez, de suerte que se estimarán lícitas siempre que pretendan un fin legítimo –previsto o no en Tratado de Funcionamiento– de un modo que el juez comunitario considera como el más eficiente en relación con el funcionamiento de dicha circulación.

Por último, el *juicio de unidad* de completa con una categoría excepcional: las *normas que regulan ciertas modalidades de venta*. Es evidente que en algunos supuestos el modo en que se desarrolle la comercialización de los bienes u otro tipo de conductas anejas –como su publicidad– puede resultar decisivo para que el acceso de bienes al mercado nacional resulte lo suficientemente atractivo. Pero no lo es menos, que esta relación tiene un carácter indirecto y resulta más propia de las técnicas de integración positiva desarrolladas en sede legislativa. De ahí que en *Keck* el Tribunal de Justicia introdujese una categoría genérica desde la que construir un control sobre

medidas comerciales desde la óptica de la circulación intracomunitaria de mercancías. Por su propia naturaleza, este escrutinio habrá de resultar esencialmente idéntico al propio de las medidas reguladoras de las características de los productos, con la salvedad de que una norma comercial no puede ser considerada automáticamente como un obstáculo al tráfico de bienes. En consecuencia, la intervención del Tribunal de Justicia en estos supuestos queda condicionada a la habilidad del recurrente para demostrar que la norma impugnada ocasiona un perjuicio más acusado a los productos foráneos.

6. Recapitulación

Al comenzar el Capítulo se hizo hincapié en la cautela con que debe realizarse cualquier comparación entre el sistema de garantías del espacio económico comunitario con el propio del modelo estadounidense. Mientras éste resulta de naturaleza claramente constitucional, aquél muestra los rasgos propios de las estructuras internacionales. Pues bien, sin desconocer esta diferencia, quizás no resulte ocioso valorar las consecuencias que el juicio comunitario de unidad puede tener para el ordenamiento jurídico español a partir de su contraste con el propio de los Estados Unidos.

Quizás la diferencia más apreciable radique en el distinto peso específico que la integración negativa presenta en cada uno de los modelos. Mientras en el modelo norteamericano se imponía el recurso a los mecanismos de aproximación normativa –cláusula de comercio positiva–, la integridad del espacio económico de la Unión Europea descansa, en tanto que organización conformada por Estados soberanos, principalmente en el control jurisdiccional de las medidas que pueden ocasionar su fragmentación.

Este sistema de garantías jurisdiccionales se desarrolla en el marco de un sistema descentralizado de aplicación del Derecho Comunitario que exige que los jueces nacionales garantizar la finalidad perseguida por las disposiciones comunitarias, al tiempo que reclama la debida colaboración entre estos y el Tribunal de Justicia. En concreto, este deber de colaboración se

presume más intenso en los casos relativos a la libre circulación de mercancías por distintas causas.

En primer lugar, porque las limitaciones propias del carácter internacional del Tribunal de Justicia determinan la incompetencia de éste para conocer de los eventuales obstáculos a la libre circulación en los que no concurra un elemento de conexión con el ordenamiento comunitario. En estas “situaciones puramente internas”, la consecución del objetivo de la integridad económica dependerá en buena medida de que el juez nacional desarrolle una interpretación conforme de las libertades de circulación vigentes en los planos interno y comunitario.

En segundo lugar, porque a la vista de la jurisprudencia comunitaria, el *juicio de unidad* requiere un estudio detallado de las circunstancias que rodean a la medida impugnada. Este rasgo, presente también en el modelo estadounidense, resulta apreciable en cualquiera de las fases de control que se tome como referencia. Sin duda lo es en la apreciación de la existencia de un “obstáculo al comercio intracomunitario”, por cuanto la calificación como tal de las medidas indistintamente aplicables –en particular las relativas a determinadas modalidades de venta– depende de la comprobación de la peor situación competitiva de los productos importados como consecuencia de la aplicación de la norma. Y también en el momento de la justificación de dicho obstáculo, pues el Tribunal de Justicia no rechaza la aplicación de un juicio completo de proporcionalidad –incluyendo la ponderación entre costes y beneficios– para el que necesita conocer todos los efectos –jurídicos, económicos o de otra índole– derivados de la medida analizada, cuando no remitir la decisión final sobre el asunto en los casos en que considera que el juez nacional se encuentra en una posición más ventajosa para el acceso a los mismos.

De lo anterior se desprende –una vez más– que la solución de los problemas relativos a la unidad de mercado no pasa, pues, por un reinterpretación continuada del alcance de las competencias de los diferentes niveles de gobierno, sino por el obligado respeto de determinados límites infranqueables en el ejercicio de las funciones propias. Admitido esto, es posible que el control de la unidad de mercado deba corresponder

principalmente a los tribunales ordinarios, más habituados al empleo de un estudio realista que descienda a las circunstancias concretas del caso para su resolución.

Finalmente, desde el punto de vista de su estructura procesal, el *juicio de unidad* empleado en sede comunitaria coincide en señalar que la adecuada protección de la integridad económica no solo debe conocer intensidades distintas de control en atención a la naturaleza de la amenaza, sino también una modulación de los efectos de la decisión de manera que la unidad no derive en uniformidad.

CAPÍTULO IV

EL SISTEMA ESPAÑOL DE GARANTÍA DEL ESPACIO ECONÓMICO NACIONAL

1. Introducción

Al comienzo del trabajo se hizo alusión a la necesidad de acudir a otros ordenamientos jurídicos para resolver las dificultades derivadas de la integridad del espacio económico de un Estado, como el español, de tradición centralista. Después de este ejercicio, puede decirse que las dos experiencias analizadas en los Capítulos anteriores coinciden en la conveniencia de definir un *juicio de unidad* –diferente según el modelo de que se trate– que pueda ser aplicado en sede judicial para eliminar una actuación pública aparentemente legítima en atención a sus efectos, deseados o indeseados, sobre la circulación de bienes. Incluso un modelo con un grado de confusión tan marcado entre la unidad de mercado y la propia de la dirección de la política económica como el estadounidense ha terminado por avanzar en la configuración de escrutinios de este tipo. Es el momento, por tanto, de realizar un diagnóstico de nuestro sistema de garantías para la integridad del espacio económico y comprobar el estado de salud de este control que he venido llamado “*juicio de unidad* en sentido estricto”.

Antes de comenzar esta tarea, conviene aclarar algunos aspectos que diferencian este trabajo de otros relativos a temas similares. Comenzaré por su objetivo: la finalidad de las páginas siguientes no consiste en justificar la existencia de un *juicio de unidad* en sentido estricto, ni mucho menos, en demostrar la pervivencia de un espacio económico nacional. Puesto que la Constitución no surge del vacío, sino que presupone un Estado con una notable tradición histórica, tal espacio es consustancial a la propia existencia

del Estado⁵⁵⁰ y aquel juicio se encuentra indudablemente contenido en el artículo 139 de la Constitución. Uno y otro han podido ser cuestionados en algún trabajo académico⁵⁵¹, pero en términos generales no existe un debate sobre ninguna de estas cuestiones.

Esto puede servir para entroncar con la segunda advertencia: la complejidad del texto. Quizás en algunos momentos parezca que la integridad se refiere a la actividad económica y no a un espacio como tal, o se genere una sensación de ausencia de litigios sobre aquélla en sede jurisdiccional ordinaria pese a los cerca de cuarenta años de experiencia constitucional. Son falsas apariencias derivadas, a mi juicio, de la escasa claridad y sistematicidad con que se ha abordado esta cuestión desde los distintos niveles. Trataré de minimizar estos problemas mediante sucesivas recapitulaciones, pero, sin pretender excusarme, me temo que un cierto grado de complejidad resulte inevitable. Si se acepta que el español es un modelo multiniveles, será imprescindible manejar distintas configuraciones de manera simultánea.

Sea como fuere, el entramado no debe ser obstáculo para contemplar el tapiz al completo. Por eso las conclusiones con las que se cierra el Capítulo difieren de las realizadas en los precedentes. Espero que su lectura sirva una panorámica general de cómo podría ser el sistema español de garantía de la integridad del espacio económico a tenor de sus elementos actuales. Trataré de no limitarme a exponer las distintas piezas de manera aislada, sino que haré un intento por ordenarlas y ponerlas en valor hasta conformar una –hipotética– construcción operativa.

Antes de todo esto, el Capítulo se inicia con una breve referencia a la naturaleza jurídica del tan traído principio de unidad de mercado, que espero sirva para comprender la inmediata revisión de la lectura que del mismo ha

⁵⁵⁰ No parece adecuado insistir en el manejo de caracterizaciones puramente abstractas de la Constitución. Ésta es una norma dirigida a un Estado concreto que se encuentra en unas circunstancias determinadas. Lo que Konrad Hesse ha denominado una “Constitución realizada”, inmersa en un proceso de aplicación y evolución. HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 3 y ss.

⁵⁵¹ En este sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, Ob. Cit., p. 219. Sostiene el autor que el equilibrio entre la autonomía política y la unidad económica no constituye una cuestión susceptible de control jurisdiccional, sino que depende en cada momento del ejercicio de las competencias reservadas al Estado.

efectuado, principalmente desde la perspectiva de la aplicación del artículo 139 de la Constitución. A través de ésta se pretende determinar cuál es la tendencia más claramente seguida por nuestro modelo de control: aquella basada en la titularidad competencial que se explicó con ocasión de la revisión del modelo estadounidense.

De finalizar aquí, el escenario propio del sistema español de garantías podría resultar desolador e, incluso, incoherente. Nuestro modelo abogaría por una protección puramente política en un entorno –el comunitario– fundamentado en un control de claro protagonismo jurisdiccional. Ésta lectura –que es la que favorecía la comentada falta de sistematicidad– debe completarse con la configuración del *juicio de unidad* en sentido estricto aplicado por la jurisdicción contencioso-administrativa y recientemente explicitado en la –polémica desde otros puntos de vista– Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante, LGUM). De ésta se realizará una descripción general, con especial atención a las vías de impugnación y parámetros de control. Incluiré, además, una escueta referencia a las técnicas de aproximación normativa en un intento de probar las dificultades del control basado únicamente en la titularidad competencial. En fin, en la medida en que el buen funcionamiento del mercado comunitario reclama una relativa coherencia con el propio del Estado, el objetivo de esta última parte del trabajo no es otro que comprobar si la nueva regulación satisface el doble objetivo de completar el control de índole competencial efectuado por el juez constitucional, al tiempo que aproxima los parámetros seguidos en nuestro país para la resolución de los asuntos relativos a la integridad del espacio económico a los propios del Tribunal de Justicia.

2. Integridad del espacio económico nacional y principio de unidad de mercado

Parece adecuado comenzar el estudio del sistema español de protección destacando que hasta la aprobación de la Ley de Garantía de la Unidad de

Mercado no existía en el ordenamiento jurídico español ningún precepto que señalase que el Estado surgido de la Constitución de 1978 debiera contar con un espacio económico a nivel estatal⁵⁵². Como es sabido, esto no impidió que tanto la jurisprudencia como la comunidad académica –con alguna excepción⁵⁵³– coincidiesen en señalar que la integridad del espacio económico nacional supone una evidencia derivada de la propia realidad histórica española que se encuentra suficientemente asegurada bajo la forma de un principio constitucional de unidad de mercado. Dicho de otro modo, el silencio del texto constitucional sobre la unicidad del espacio económico parece carecer de cualesquiera consecuencias jurídicas⁵⁵⁴.

Quizás fuera prudente exponer con detalle los caracteres propios de este principio de unidad de mercado. Pero me temo que terminarían en una en una discusión esencialmente teórica que aportaría poco o nada al objeto del trabajo, centrado en los criterios para el control de las medidas potencialmente lesivas del mismo. Por este motivo –y porque los rasgos básicos del mismo ya

⁵⁵² Art. 1.1 LGUM: “Esta Ley tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional. En particular, tiene por objeto garantizar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión, de conformidad con los principios contenidos en el artículo 139 de la Constitución.”

⁵⁵³ El profesor DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI publicó hace algunos años una monografía sobre el principio de unidad de mercado en la que sostuvo que el espacio económico español sería un resultado deseable, pero no necesario de la Constitución de 1978. El fundamento último de su tesis no es otro que la falta de previsión expresa de dicha unidad, de donde podría desprenderse, en base a la jurisprudencia constitucional existente, que el constituyente se limitó a promover la configuración de tal espacio a través de la reserva al poder público estatal de los instrumentos necesarios. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, Ob. Cit.

Como se comprobará más adelante, lo exagerado de la conclusión impide compartir el punto de vista del autor. Pero no obsta para destacar su acierto como crítica frente a una interpretación constitucional que, en su confusión, permite alcanzar conclusiones de este tipo. Vid. *Infra.*, Epígrafe 5.4.

⁵⁵⁴ En esta línea la práctica totalidad de los autores han coincidido en señalar la raigambre histórica de la unidad como un límite al proceso descentralizador operado por la Constitución de 1978. Ésta no precisaba crear un espacio económico nacional porque el mismo ya contaba con más de un siglo de existencia. Por todos, ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomía política y unitat econòmica...*, Ob. Cit., p. 256. Un recorrido histórico sobre la supresión progresiva de los aranceles y la conformación del espacio económico nacional a partir del Estado liberal en GARCÍA VITORIA, Ignacio: *La libertad de empresa...*, Ob. Cit., pp. 55 y ss.

De manera más amplia, RUIZ-RICO RUIZ apunta su “convicción de que el constituyente quiso poner freno por anticipado a la posible manipulación del principio dispositivo autonómico y evitar así la creación de status diferenciales o privilegiados entre ciudadanos de unas y otras Autonomías”. RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: *Los límites constitucionales del Estado Autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 119.

fueron apuntados en el primer Capítulo⁵⁵⁵— me referiré únicamente al papel que el principio de unidad de mercado ha desempeñado en la labor del Tribunal Constitucional.

Para ello, es menester comenzar recordando que el Tribunal Constitucional ha mantenido de forma constante que la “indisoluble unidad de la Nación española” en que se funda la Constitución de 1978 ex artículo 2 no se limita únicamente al ámbito político, sino que debe entenderse igualmente extensible a la esfera económica⁵⁵⁶. En último extremo, el citado precepto sirve de fundamento al espacio económico español, por cuanto la unicidad del orden económico nacional “trae como consecuencia la existencia de un mercado único”⁵⁵⁷, entendiendo por tal, “(e)l espacio económico unitario, reconocido implícitamente como tal por el art. 139.2 CE”⁵⁵⁸. Culminando la definición de este espacio económico, el juez constitucional ha señalado que “(e)sta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica”⁵⁵⁹. A partir de esta premisa, el juez constitucional fue deduciendo un buen número de consecuencias que permiten concluir que nuestro espacio económico mantiene una estructura semejante al propio de otros modelos políticamente descentralizados: reserva al nivel estatal de los principales instrumentos para la intervención económica y libre circulación económica sin trabas en todo el mercado nacional⁵⁶⁰.

Una vez efectuado este resumen sintético, lo que ahora interesa es destacar el modo en que el Tribunal Constitucional ha interpretado los preceptos que sirven de fundamento a la configuración del espacio económico

⁵⁵⁵ Vid. Capítulo I., Epígrafe 2 “Precisiones conceptuales”.

⁵⁵⁶ Por todas, la STC 1/1982, de 28 de enero, FJ. 1: “(...) unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de “un orden económico y social justo”, y cuyo art. 2 establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128 entendido en su totalidad, el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros. Por otra parte, la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables con carácter general a todo el territorio nacional”

⁵⁵⁷ STC 88/1986, de 1 de julio, FJ. 6.

⁵⁵⁸ STC 96/2002, de 25 de abril, FJ. 11.

⁵⁵⁹ STC 88/1986, de 1 de julio, FJ. 6.

⁵⁶⁰ ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomía política y unitat económica...*, Ob. Cit., pp. 194-195.

nacional. E interesa porque, en esta labor de definición, el juez constitucional ha otorgado una importancia decisiva a la función de los órganos generales del Estado como garantes de cualquier tipo de unidad, sea ésta política o económica⁵⁶¹. Esta hipótesis de que la diversidad resulta propia de los poderes autonómicos, mientras sus homólogos estatales aseguran la consecución del interés general de la Nación⁵⁶² acabará abocando a la actual confusión que parece existir actualmente en la jurisprudencia constitucional.

De una parte, porque tal afirmación sitúa al legislador estatal como exclusivo promotor y garante de la unidad económica. En efecto, la significación del legislador estatal como garante de la unidad económica lleva aparejada una clara preferencia por confiar a éste el aseguramiento de la –más específica– integridad del espacio económico nacional, limitando en la medida de lo posible la intervención de los órganos judiciales.

De otra, porque ese rol de garante sitúa el ejercicio de un buen número de competencias autonómicas –todas las de carácter económico, como se verá– en términos de concurrencia perfecta, con el consiguiente problema de delimitar el alcance concreto de los títulos en conflicto. Qué bien encaja aquí aquélla crítica velada sobre el funcionamiento del modelo estadounidense: el Estado puede regular el espacio económico y su funcionamiento. Las Comunidades Autónomas también, pero no demasiado, y determinar cuando este “demasiado” es “excesivamente demasiado” parece estar más allá de la inquietud del juez constitucional⁵⁶³. No es de extrañar el grado de litigiosidad que acompaña a nuestro modelo⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ STC 96/2002, de 25 de abril, FJ. 11.

⁵⁶² STC 42/1982, de 22 de diciembre, FJ. 2.

⁵⁶³ En este sentido, ROSINO CALLE, Roberto Carlos: <<Los dictámenes del Consejo de Estado y del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado>>, en *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 34, 2014, p. 630.

⁵⁶⁴ En este sentido, la valoración general con que se abre el Informe sobre Comunidades Autónomas de 2014 destaca el incremento notable del número de recursos de inconstitucionalidad y conflictos positivos de competencia resueltos por el Tribunal Constitucional ese año –más de setenta entre ambos procedimientos–, a los que habría de añadirse algunas cuestiones de inconstitucionalidad. AJA FERNÁNDEZ, Eliseo; GARCÍA ROCA, Javier; y MONTILLA MARTOS, José Antonio: <<Valoración general>>, en AJA FERNÁNDEZ, Eliseo; GARCÍA ROCA, Javier; y MONTILLA MARTOS, José Antonio: *Informe Comunidades Autónomas 2014*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2015, p. 25.

En este escenario, el foco de atención se desplaza desde el artículo 139 de la Constitución hacia el listado competencial, lo que a la postre equivale a declarar que el término “mercado” empleado en la Constitución no alude tanto a la institución jurídica clásica fundada en el libre intercambio de bienes y servicios, como al régimen jurídico vigente definido por el legislador estatal para asegurar tal intercambio. El espacio económico nacional subsiste, pero queda como una institución irrelevante frente a las condiciones de ejercicio de la actividad económica. En otras palabras, de aquellos polvos, considerar la unidad como un coto exclusivo del nivel estatal, vienen los lodos que entrañan convertir la integridad del espacio económico nacional en un contenido más del principio de dirección unitaria de la economía, perdiendo, así, su significación propia. Este es el problema tras el cual se oculta, a mi juicio, el origen de gran parte de las dificultades que el juez constitucional ha encontrado a la hora de manejar el artículo 139 de la Constitución.

Acaso la jurisprudencia constitucional no haya tenido en cuenta toda la riqueza de la naturaleza jurídica del principio de unidad de mercado. Trataré de exponerlo de manera sencilla. A lo largo del trabajo se ha reiterado que la previsión de mecanismos de garantía para la integridad del espacio económico nacional resulta inherente a cualquier modelo políticamente descentralizado. En esta línea, no es infrecuente que estos mecanismos se ordenen en dos grandes categorías: dirección de la política económica e integridad del espacio económico nacional. Como se recordará, las primeras consisten en la reserva a la autoridad estatal de los principales títulos para la intervención económica, por lo que en nuestro caso vienen a identificarse con el menciona “principio de dirección unitaria de la economía” y el artículo 149 de la Constitución. Por su parte, las garantías estructurales pretenden asegurar que todos los poderes públicos territoriales actúan de conformidad con las mismas reglas generales de manera que no se obstaculice la libre circulación económica. Este mandato contenido en el artículo 139 de la Constitución supone el núcleo del “principio constitucional de unidad de mercado”.

Pues bien, a pesar de su sencillez, lo cierto es que esta distinción básica no aparece de forma nítida en la jurisprudencia constitucional. No son

infrecuentes los casos en los que el Tribunal Constitucional emplea las expresiones “unidad económica”, “unidad de mercado” y, en menor medida, “dirección unitaria de la economía” como términos intercambiables cuyos matices, de existir, resultan insuficientes para justificar un tratamiento diferenciado⁵⁶⁵. A la postre, este modo de proceder niega la utilidad autónoma de cualquiera de los principios señalados. Al cabo, señalar que la Nación es una; que el interés general en el plano económico exige dotar a las instituciones públicas centrales de un elenco de competencias suficientemente amplio; o que la unidad de mercado no requiere una uniformidad normativa, no pasan de ser máximas retóricas con un alcance práctico bastante limitado.

Aunque carentes de un sentido propio, las expresiones señaladas siguen existiendo en el acervo constitucional, de manera que el juez constitucional no encuentra dificultades en su empleo como instrumento de interpretación en su búsqueda de contenidos o reglas precisas contenidas en otras disposiciones. Lo que trato de decir es que no puede causar extrañeza que las alusiones a la “unidad económica”, “unidad de mercado” y “dirección unitaria de la economía” aparezcan habitualmente en los pronunciamientos que han llevado a la construcción de la competencia estatal –no prevista– de ordenación general de la economía sobre la base de los artículos 97 o 149.1 de la Constitución⁵⁶⁶.

Con esto no pretendo atacar la utilidad de este tipo de recursos, pero considero necesario plantearse cuál es la naturaleza jurídica de estos principios constitucionales que la jurisprudencia trata de manera indistinta. Sólo la coincidencia en la misma podría justificar la identificación efectuada por el juez constitucional. Por el contrario, la conclusión de que se trata de principios constitucionales de tipo diverso podrá justificar habría de conducir hacia un cambio de perspectiva que permita desarrollar todas las consecuencias

⁵⁶⁵ *Vid. Supra.*, Capítulo I.

⁵⁶⁶ CIDONCHA MARTÍN, Antonio: <<La unidad económica antes...>>, *Ob. Cit.* p. 13. Una postura similar ha sido defendida por VIVER PI I SUNYER, para quien el principio de unidad de mercado manejado por la jurisprudencia constitucional “delimita o configura el objeto del título estatal de modo que, en la práctica, no actúa como límite externo, que afecta a actos de ejercicio competencial, sino como elemento interno – a veces como elemento único – para acotar el alcance del título competencial, con lo que tiene una clara función delimitadora de esos títulos competenciales”. VIVER PI I SUNYER, Carles: *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 70.

jurídicas de la “dirección unitaria de la economía” y la “unidad de mercado” consideradas individualmente.

Pues bien, según he apuntado en otras partes, a mi juicio, la interpretación del sistema de garantías previsto en la Constitución debe partir de una premisa clara: la integridad del espacio económico nacional –unidad de mercado– se encuadra en una categoría distinta a la que resulta propia al principio de unidad económica del artículo 2 de la Constitución y aún del propio de “dirección unitaria de la economía” jurisprudencialmente derivado del mismo. Donde éstos presentan una naturaleza abstracta en la que no es sencillo adivinar un contenido específico, el principio constitucional de unidad de mercado tiene carácter concreto, la igualdad en el ejercicio de la actividad económica y las libertades de circulación, aproximándose a los rasgos propios de una regla. Donde la unidad y la dirección unitaria de la economía agotan su utilidad como instrumento de interpretación de otros preceptos constitucionales, la unidad de mercado, entendida como integridad del espacio económico, es un parámetro técnico para enjuiciar la licitud de ciertas actuaciones públicas. En fin, donde la mayor parte de nociones de unidad manejadas por el juez constitucional deben considerarse “principios estructurales” desligados de cualquier realidad aprehensible, *la unidad de mercado, rectamente entendida, ofrece un ejemplo de “principio de naturaleza institucional”*⁵⁶⁷ tras el cual puede apreciarse una realidad tangible: el mercado o espacio económico nacional. Resulta así que el aspecto diferencial de la unidad del espacio económico frente a otro tipo de manifestaciones es, precisamente, que se predica de una institución jurídica clara que presupone toda una serie de consecuencias materiales. Del mismo modo que la “buena fe contractual” lleva aparejada la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y la existencia de un régimen de corrección de los posibles defectos de este tipo⁵⁶⁸, la unidad de mercado supone la igualdad de todos los empresarios que actúan en el mismo, al tiempo que prohíbe desvirtuar la institución jurídica protegida mediante la aprobación de regulaciones discriminatorias.

⁵⁶⁷ Sigo en este punto la clasificación efectuada en ESSER, Josef: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch Editorial, Barcelona, 1961, pp. 114 y ss.

⁵⁶⁸ *Idem.*, p. 134.

Aceptar lo indicado hasta el momento supone admitir que, al contrario de lo que pueda parecer, en la unidad de mercado no hay lugar para elementos prejurídicos, sino que su contenido presenta un sentido positivo claro: prohíbe, salvo causa justificada, que los poderes públicos hagan uso de sus competencias para definir un marco jurídico de ejercicio de la actividad económica dirigido a determinados sujetos y que entre en competencia con aquél fijado como referencia, de manera habitual –pero no necesaria– el fijado por el legislador estatal para todo el territorio.

Como se verá, no resulta en absoluto sencillo determinar qué criterios deben aplicarse para constatar la existencia de estos efectos, ni tampoco señalar cuál deba ser el régimen jurídico de referencia del sistema⁵⁶⁹, pero todo esto no obsta para que el principio de unidad de mercado contenga unas pautas claras sobre la regla que propugna. En concreto:

- a) No prejuzga cuál deba ser la configuración del marco jurídico para el ejercicio de la actividad económica desde la perspectiva de los operadores. Desde el punto de vista estrictamente teórico, el grado de liberalismo o intervención pública en la economía es indiferente a la existencia de un espacio económico integrado. Disociación que, sin embargo, no resiste a la realidad práctica, pues va de suyo que la desregulación de la actividad económica incidirá necesariamente en el *juicio de unidad* en sentido estricto⁵⁷⁰.
- b) Aclara que los asuntos relativos a la integridad del espacio económico nacional esconden un tipo específico de discriminaciones: las basadas en el origen geográfico. En efecto, no se prohíbe que otros poderes públicos puedan definir un régimen jurídico diverso del

⁵⁶⁹ Aquí entra en juego el carácter multiniveles o no del modelo de que se trate. En términos generales, el problema de la integridad del espacio económico nacional habría de dar lugar a la comparación entre el régimen jurídico definido por una Comunidad Autónoma y el propio establecido por el legislador estatal para todo el territorio. No obstante, aceptada la consideración multiniveles de nuestro modelo, creo que el régimen de referencia respecto del cual habrá de oponerse el aprobado por la instancia autonómica habrá de ser el propio de la Unión Europea. Sobre esta cuestión, *Vid. Infra.*, Epígrafe 13.

⁵⁷⁰ Así, la apuesta por un régimen económico basado en la desregulación absoluta de la actividad económica podría tener como efecto la ausencia de un control específicamente orientado a la remoción de los obstáculos derivados de las actuaciones que, sin proponérselo, limitan aquella actividad. Sobre este punto, *Vid. Infra.*, Epígrafe 13.

propio de referencia, sino que medie entre ambos una relación de competencia, lo que sólo ocurrirá cuando el citado régimen especial atraiga a determinados sujetos y los sitúe en una situación manifiestamente distinta de la que les correspondería según el esquema general. Por muy flexible que sea el sistema de garantía, existen ciertos niveles de diferenciación por encima de los cuales la fractura del espacio económico nacional parece inevitable.

Recapitulando, considerada en sus justos términos, la unidad de mercado supone una suerte de proyección de la unidad propia del Estado pero materializada en una institución –el espacio económico– y circunscrita normativamente en nuestro caso a los dos apartados del artículo 139 de la Constitución⁵⁷¹. Dicho principio constitucional sólo adquiere utilidad en estos términos: como parámetro desde el que controlar las actuaciones públicas generadoras de un régimen jurídico especial para el ejercicio de la actividad económica que entra en competencia con el propio del Estado. Fuera de esto, su manejo como regla de interpretación del reparto competencial debe verse como un uso impropio que lleva a su confusión con el “principio de dirección unitaria de la economía”.

Quizás la explicación haya terminado siendo excesivamente abstracta y hubiera encontrado mejor acomodo en el Capítulo inicial, dedicado a presentar los elementos teóricos básicos para el trabajo. Si se ha traído a esta parte es porque, pese a todo, creo que desde la perspectiva que confiere esta atalaya resultará más sencillo comprender la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de unidad de mercado.

⁵⁷¹ En este sentido, son varios los autores que han insistido en que el principio de unidad de mercado no puede servir para extraer consecuencias distintas de las que resultan propias de los principios constitucionales que se apliquen. Entre otros, ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomía política y unitat econòmica...*, Ob. Cit., p. 253; CARRASCO DURÁN, Manuel. *El reparto de competencias...*, Ob. Cit., p. 40; DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, Ob. Cit., p. 31; y CIDONCHA MARTÍN, Antonio: <<La unidad económica antes...>>, Ob. Cit., p. 5.

3. El control basado en la integridad del espacio económico nacional

(I): la titularidad de la competencia

Con anterioridad señalé que hay un sentir prácticamente unánime entre la doctrina científica española en el sentido de negar cualesquiera consecuencias jurídicas a la consabida ausencia de una declaración constitucional expresa sobre la vigencia del principio de unidad de mercado. Con buen juicio el Tribunal Constitucional ha visto siempre en la integridad del espacio económico nacional un límite a la actuación de los poderes públicos territoriales⁵⁷², con la consiguiente articulación de un control orientado a comprobar si la medida enjuiciada fragmenta efectivamente aquel espacio. Éste resulta, a grandes rasgos, similar al propio de los ordenamientos jurídicos que ya se han analizado: para que una determinada actuación pública resulte compatible con la integridad del espacio económico es necesario que cuente con un título competencial suficiente; resulte proporcionada al objetivo legítimo que persigue; y deje en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles⁵⁷³. Lo que es tanto como decir que cualquier actuación pública susceptible de afectar a la integridad del espacio económico habrá de contrastarse tanto con lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución, a efectos del primero de los requisitos apuntados, como con la dicción propia del número 139 en lo referente al resto de exigencias.

⁵⁷² En la jurisprudencia constitucional relativa a la unidad de mercado abundan las referencias a que este principio conforma un límite de las competencias autonómicas, Vgr. la STC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ. 2. No obstante, esta cuestión no debe llevar al error de considerar que el principio de unidad de mercado no encuentra aplicación en el control de las actuaciones estatales, pues, “al Estado no le es dado que en uso de sus competencias generales sea él mismo quien quiebre esa unidad (económica) sin una justificación razonable desde el punto de vista constitucional cuando, antes al contrario, la unidad del orden económico implica la exigencia de la adopción de medidas de política económica aplicables con carácter general” (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ. 11). El hecho de que las amenazas para la integridad del espacio económico nacional procedan en su mayor parte de alguna actuación autonómica no presume la ineptitud de la unidad de mercado como parámetro de control de las actuaciones estatales.

⁵⁷³ STC 88/1986, de 1 de julio, FJ. 6.

3.1 El enfoque competencial vigente: la integridad del espacio económico como materia básica

El ordenamiento jurídico español cuenta, por tanto, con un sistema de garantías aparentemente neutro por lo que se refiere a la búsqueda del equilibrio entre los principios constitucionales de unidad y autonomía. Considerados en abstracto, ninguno de los requisitos apuntados lleva a rechazar la existencia de soluciones diversas en cada Comunidad Autónoma siempre que se asegure un núcleo normativo básico igual para todo el territorio. Antes al contrario, el principio de unidad de mercado entendido en sus justos parece presumir la coexistencia pacífica de un número más o menos diverso de regímenes jurídicos para el ejercicio de la actividad económica siempre que ninguno de éstos entre en competencia con el propio de referencia. El nivel autonómico encuentra un límite claro para su actuación regulatoria en la prohibición de introducir diferencias notorias que configuren un régimen especial esencialmente diverso al propio del Estado⁵⁷⁴.

Y, sin embargo, cualquiera que haya repasado los pronunciamientos realizados por el Tribunal Constitucional sobre esta materia sabrá que la cuestión resulta harto más compleja. Lo es porque, sobre la base de este enfoque aparentemente neutro el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando una jurisprudencia en la que ha prescindido de la naturaleza institucional del principio de unidad de mercado para convertirlo en un criterio de interpretación del alcance de las competencias económicas reservadas al Estado. Este cambio provoca a su vez que el sistema de garantías para la integridad del espacio económico gire en torno a la reserva estatal de competencias en lugar de hacerlo alrededor de un control jurisdiccional sobre conflictos específicos: los problemas relativos a la integridad del espacio económico toman la forma de conflictos de competencia. A la postre, la opción del juez constitucional dibuja un escenario que se aproxima más al control

⁵⁷⁴ Por todas, la STC 109/2003, de 5 de junio, FJ. 15: “Asimismo hemos precisado que las regulaciones autonómicas que... prevengan la intervención de los poderes públicos en el ámbito económico, introduciendo un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación es admisible con tal de que dentro del ámbito competencial respectivo “resulta proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias... previstas resulten adecuadas y justificadas con su fin”.

competencial propio del ámbito estadounidense, que al *juicio de unidad* vigente en el mercado comunitario.

Sobre todo esto se tratará a lo largo de las siguientes páginas, ahora interesa referirse a su causa procesal: la confusión entre los principios constitucionales “de unidad de mercado” y “de dirección unitaria de la economía”. Circunstancia que resulta clara en no pocos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el sentido de afirmar que bajo la noción de “unidad de mercado” no solo se incluyen la “libre circulación de bienes y personas por todo el territorio nacional (art. 139.2 CE) y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1ª CE)”⁵⁷⁵, sino también “aquellas competencias que atañen determinados aspectos del orden económico y de su unidad”⁵⁷⁶. En apenas un par de líneas el juez constitucional ha difuminado los límites existentes entre el listado de competencias estatales y la integridad del espacio económico en sentido estricto, entre la titularidad de la competencia y su ejercicio⁵⁷⁷. Si se repasa la afirmación apuntada, no parece exagerado decir que la protección de la integridad del espacio económico queda diluida en la competencia de ordenación general de la economía reconocida al legislador estatal. Lo que, en términos procesales, es tanto como decir que el control de las medidas potencialmente lesivas de la integridad del espacio económico debe girar en torno al listado contenido en el artículo 149.1 de la Constitución⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ STC 96/2002, de 25 de abril, FJ. 11.

⁵⁷⁶ STC 1/1982, de 28 de enero, FJ. 1.

⁵⁷⁷ Un ejemplo claro de la confusión entre ambos aspectos puede verse en la citada STC 109/2003, de 5 de junio. Cuestionado sobre si la previsión autonómica de determinados requisitos para el ejercicio de la actividad farmacéutica lesiona la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional se plantea la legitimidad de aquéllos desde la perspectiva de la libre circulación, concluyendo que “para ponderar la constitucionalidad de la prohibición impugnada, tanto en lo que se refiere a la libre circulación de bienes, como en lo que atañe a la libertad de empresa y el derecho de proporcionalidad... es preciso efectuar un (mismo) juicio de proporcionalidad...” (FJ. 15).

⁵⁷⁸ Sobre el empleo del artículo 149.1.1ª de la Constitución como límite al ejercicio de las competencias autonómicas, la STC 136/1991, de 20 de junio, FJ.1: “(...) el art. 149.1.1 C.E. supone un límite a la normación sancionadora autonómica, derivado de su carácter de normación limitada *ratione loci* (...) Como tal límite implica que, aunque la legislación sancionadora autonómica pueda modular tipos y sanciones, al hacerlo no debe romper «la unidad en lo fundamental del esquema sancionatorio» (para lo cual) (...) es exigible que esa desigualdad tenga un fundamento razonable, de modo que las disposiciones autonómicas «no

No creo que pueda negarse que esta forma de proceder resulta plenamente coherente con una exigencia concreta de la unidad contenida en el artículo 2 de la Constitución: “que los principios básicos del orden económico sean unos y los mismos en todo el ámbito nacional”⁵⁷⁹. También con la misión del legislador estatal de definir, como canalizador de la voluntad general, cuáles son los objetivos del país en el plano económico, entre los que puede contarse la integridad del espacio económico nacional⁵⁸⁰. Cuestión muy distinta es que ninguna de estas premisas tiene en cuenta que, a diferencia de otras manifestaciones de la unidad, la propia “del mercado” se proyecta sobre una institución existente y de perfiles ajenos a cualquier tipo de voluntad política: el espacio económico nacional construido sobre las libertades económicas.

La confusión existente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵⁸¹ tiene, a mi juicio, su causa en los intentos de tratar estos rasgos básicos del espacio económico nacional como si se trataran de cualesquiera bases estatales aprobadas en cualquier otra materia regida mediante esta técnica de reparto. Discrepo –a efectos dialécticos– de la opinión del juez constitucional según la cual los rasgos básicos del espacio económico nacional puedan servir como “los principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado (en respeto a los cuales) las Comunidades Autónomas podrán legislar libremente”⁵⁸². Bien entendida, la llamada “unidad de mercado” no precisa de un desarrollo legislativo material por la evidente razón de que el espacio económico nacional no puede quedar al albur del uso que en cada momento decida hacer el legislador estatal de sus competencias constitucionalmente reservadas⁵⁸³. De no ser así, habría que

introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio» (art. 149.1.1 C.E.).

⁵⁷⁹ STC 1/1982, de 28 de enero, FJ. 1.

⁵⁸⁰ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, Ob. Cit., p. 31.

⁵⁸¹ La confusión que para el reparto competencial se deriva de la continuada labor de redefinición a que obliga el enfoque manejado por el Tribunal Constitucional al resolver este tipo de asuntos ha sido destacada, entre otros, por DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, Ob. Cit., p. 65.

⁵⁸² STC 32/1982, de 28 de julio, FJ. 5.

⁵⁸³ En una línea de argumentación semejante a la manejada por el juez constitucional, el Profesor Gómez-Ferrer Morant ha sostenido que la competencia estatal de dirección de la economía no precisa un título constitucional expreso, por cuanto constituye una manifestación de la dirección política reservada al Gobierno por el artículo 97 de la Constitución o, incluso, del propio principio de unidad de mercado. GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael: <<Bases y

concluir, con toda lógica, que la Constitución no impone, sino que promueve, la existencia de un espacio económico nacional⁵⁸⁴.

Sea como fuere, lejos de este tipo de debates teóricos, si la afirmación anterior tiene interés a efectos del trabajo es porque la lectura vigente en sede constitucional supone que la búsqueda de conflictos relativos a la integridad del espacio económico deba encauzarse a través de conflictos competenciales y no en sede jurisdiccional ordinaria. Lo que debiera ser una relación comparativa entre la regulación autonómica y el esquema fijado por el Estado para comprobar si media una competencia entre ambos, se asemeja ahora a la lógica propia del control sobre el desarrollo autonómico de la normativa básica dictada por el legislador estatal⁵⁸⁵. El legislador autonómico ya no es libre para regular del modo que considere más conveniente, sino que habrá de hacerlo a partir de la unidad definida por el Estado⁵⁸⁶, principalmente a través de sus competencias transversales previstas en los números 1 y 13 del artículo 149.1 de la Constitución.

ordenación general de la economía>>, en PÉREZ CALVO, Alberto (Coord.): *Normativa básica en el ordenamiento español*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1990, p. 125.

⁵⁸⁴ Tal es la tesis sostenida por DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, Ob. Cit., Cuestión distinta es que, como asegura el autor, esta circunstancia tenga su origen en la propia Constitución de 1978, o se trate, más bien, de una consecuencia derivada de la postura del intérprete constitucional. Sobre esta cuestión, Vid. *Infra.*, Epígrafe 5.4.

⁵⁸⁵ Ciertamente, el Tribunal Constitucional se ha mostrado tajante en su rechazo a esta perspectiva, al menos en su lectura del artículo 149.1.1ª de la Constitución: "Ha de añadirse que "condiciones básicas" no es sinónimo de "legislación básica", "bases" o "normas básicas". El art. 149.1.1º C.E., en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento -eso sí, entero- de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. (...) En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias". STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ. 7.

Sea como fuere, la resolución de los problemas relativos a la integridad del espacio económico desde una perspectiva enteramente competencial pone en tela de juicio, como se verá, esta rotundidad.

⁵⁸⁶ STC 96/2002, de 25 de abril, FJ. 11: "La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores (...), siendo a partir de esa unidad desde la que cada Comunidad, en defensa del propio interés, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia (...)." *Cursiva añadida*.

3.2 El protagonismo del artículo 149.1.1ª de la Constitución

Mucho se ha escrito sobre el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.13ª de la Constitución⁵⁸⁷, del modo en que surgió una auténtica potestad estatal de ordenación general de la economía donde el constituyente sólo previó una reserva de las bases y la coordinación de la planificación económica⁵⁸⁸. Sin lugar a dudas, éste es el mejor ejemplo del manejo del principio de unidad económica como criterio de interpretación en el sentido expuesto más arriba⁵⁸⁹. Así, la percepción de que los principios básicos del orden económico deben ser unos y los mismos en todo el territorio nacional⁵⁹⁰ convierte la unidad de mercado en un concepto proteico y taumáturgico. En atención al mismo, el Estado podrá llevar a cabo cualquier tipo de actuación –normativa o ejecutiva, estructural o coyuntural– sobre las actividades económicas o sobre cualquier elemento que incida en el logro de objetivos de política económica general –de la unidad económica– o de otros principios y objetivos de índole análoga⁵⁹¹. En cualquier caso la importancia de esta cláusula desde la perspectiva que aquí interesa resulta manifiestamente inferior cuando se compara con la propia del artículo 149.1.1ª de la Constitución: “La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Descartaré, por tanto, entrar en el estudio del artículo 149.1.13ª de la Constitución.

Si hubiera de indicar una razón por la que considero que el artículo 149.1.1ª de la Constitución se ha hecho con el protagonismo del control efectuado en sede constitucional, ésta sería, sin lugar a dudas, la concepción mantenida por la jurisprudencia fundada en señalar que la unidad de mercado requiere al menos “la libertad de circulación sin trabas por todo el territorio nacional, de bienes, capitales, servicios y mano de obra, y *la igualdad en las*

⁵⁸⁷ Un estudio exhaustivo sobre la referida competencia estatal puede verse en CARRASCO DURÁN, Manuel: *El reparto de competencias...*, Ob. Cit.

⁵⁸⁸ STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ. 4.

⁵⁸⁹ CIDONCHA MARTÍN, Antonio: <<La unidad económica antes...>>, Ob. Cit., p. 13.

⁵⁹⁰ STC 1/1982, de 28 de enero, FJ. 1.

⁵⁹¹ CARRASCO DURÁN, Manuel: *El reparto de competencias...*, Ob. Cit., p. 464.

*condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica*⁵⁹². Expresión que ha dado como resultado la aproximación –por no decir, superposición– de la aplicación del citado precepto con el artículo 139 de la Constitución⁵⁹³, específicamente referido a la integridad del espacio económico nacional.

En fin, la exposición del control sobre la integridad del espacio económico nacional aplicado en sede constitucional debe comenzar por los rasgos generales de la competencia derivada del artículo 149.1.1ª de la Constitución por la mencionada confusión entre los juicios sobre la titularidad de la competencia y su ejercicio que parece existir en nuestra jurisprudencia constitucional⁵⁹⁴. Uno y otro artículos están unidos en una relación desigual, de tal suerte que mientras no resulta preciso acudir al artículo 139.1 de la Constitución para entender el significado propio de la competencia estatal para la regulación de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos, la operación contraria es imposible.

En efecto, en tanto que la cuestión competencial debe haber quedado previamente resuelta, el único modo de determinar el ámbito de aplicación del control previsto en el artículo 139 de la Constitución consiste en perfilar el alcance material propio de la materia reservada al Estado en el artículo 149.1.1ª de la Constitución, incluso en los casos de ausencia de actuación por parte del legislador estatal⁵⁹⁵. Sólo donde no hay invasión competencial tiene sentido plantearse si la actuación autonómica es lícita desde la perspectiva de la integridad del espacio económico nacional.

⁵⁹² STC 88/1986, de 1 de julio, FJ. 6. *Cursiva añadida*.

⁵⁹³ En este sentido, la anteriormente citada STC 96/2002, FJ. 11.

⁵⁹⁴ Por todas, la STC 64/1990, de 5 de abril, FJ. 3: "(...) la unidad de mercado descansa, a su vez, (...) sobre dos supuestos irreductibles, la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio español, que ninguna autoridad podrá obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 C.E.), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1, 149.1.1º), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone."

⁵⁹⁵ Sobre la configuración del artículo 149.1.1ª de la Constitución como un límite transversal a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José: *Bases constitucionales...*, Ob. Cit., p. 12. DE OTTO Y PARDO, Ignacio: <<Estudios sobre el Derecho estatal...>>, Ob. Cit., p. 175 y LÓPEZ GUERRA, Luis: <<La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1>>, en VV.AA.: *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias: Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1992, p. 41.

3.2.1 La aplicación autónoma del artículo 149.1.1ª de la Constitución

Un primer ámbito de opiniones enfrentadas se produce a la hora de determinar si el efecto restrictivo del artículo 149.1.1ª de la Constitución depende de que el Estado ejercite la competencia que tiene atribuida o si, por el contrario, aquél se deriva de modo directo de la previsión constitucional. Lo que es tanto como plantearse si nuestra jurisprudencia constitucional comprende una doctrina similar a la “cláusula de comercio latente” vigente en el ordenamiento estadounidense.

Dentro de una corriente de opinión favorable, algún autor ha negado la posibilidad de aplicar de manera directa el artículo 149.1.1ª de la Constitución conforme al razonable argumento de que supondría privar de significado a las previsiones contenidas en los artículos 138.2 y 139.1 de la misma⁵⁹⁶. Estos preceptos concretan la dimensión territorial del principio de unidad, por lo que la anulación de una actuación autonómica injustificadamente diferenciadora habrá de basarse en los mismos, bien directamente, bien en su desarrollo legislativo. En sentido contrario, no falta quien descarta que la validez estas actuaciones pueda depender de la actividad propia del Estado, pues la aplicación autónoma del artículo 149.1.1ª de la Constitución no vacía de contenido aquella previsión sino que la concreta⁵⁹⁷: “mientras el artículo 139.1 proclama la vertiente territorial del principio de igualdad a nivel general, el artículo 149.1.1ª identifica en el Estado al ente territorial que tiene competencia para garantizar la igualdad (...) y señala el grado de uniformidad que podrá resultar del ejercicio de dicha competencia estatal”⁵⁹⁸.

Aunque vacilante, la postura del Tribunal Constitucional en este punto se aproxima al último de los enfoques apuntados. No sin ciertas dificultades, el

⁵⁹⁶ AJA FERNÁNDEZ, Eliseo: <<El artículo 149.1.1 de la Constitución...>>, *Ob. Cit.*, p. 39.

Este carácter limitativo también ha sido descartado por De la Quadra-Salcedo Janini, quien justifica la imposibilidad de aplicar de manera autónoma el artículo 149.1.1ª de la Constitución en que lo atribuido al Estado en el mismo no es un ámbito material, sino una capacidad regulatoria para alcanzar un objetivo. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, *Ob. Cit.*, p. 75.

⁵⁹⁷ En idéntico sentido, RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: *Los límites constitucionales...*, *Ob. Cit.*, p. 121.

⁵⁹⁸ CARRASCO DURÁN, Manuel: *El reparto de competencias...*, *Ob. Cit.*, p. 45. En sentido similar, el mismo autor identifica el artículo 149.1.13ª de la Constitución como una norma similar a la vertiente positiva de la cláusula de comercio (p. 463)

artículo 149.1.1^a de la Constitución puede ser utilizado como a las competencias legítimamente asumidas por las Comunidades Autónomas⁵⁹⁹. En efecto, la generalidad de los términos en que se define el contenido del artículo 149.1.1^a de la Constitución ha limitado de manera considerable sus posibilidades de aplicación autónoma. El carácter marcadamente relacional de esta competencia estatal obliga a tener en cuenta los rasgos propios del derecho que desea regularse. Pero el problema no difiere demasiado de lo ocurrido en relación con la técnica de reserva de las condiciones básicas de una materia: éstas no pueden definirse de manera precisa y apriorística, pero sí ser deducida de la normativa vigente⁶⁰⁰. Pues bien, este tipo de razonamiento es manejado por el Tribunal Constitucional a la hora de valorar el recurso al artículo 149.1.1^a de la Constitución como parámetro autónomo sobre la validez de la actuación autonómica. Aparece, una vez más, la aproximación de la integridad del espacio económico nacional a la lógica de las competencias básicas.

De todo lo anterior resulta que la aplicación autónoma del artículo 149.1.1^a de la Constitución en el sentido limitativo que aquí interesa está doblemente condicionada. De una parte, porque no podrá procederse a la misma desde el vacío. Al juez constitucional no le es dado definir en qué aspectos la igualdad debe adquirir tintes de uniformidad. Es preciso que su labor se fundamente en la vigencia de un régimen normativo, aunque sea mínimo, del que inferir dichos rasgos⁶⁰¹. De otra parte, porque, ligado a lo anterior, tales rasgos dependerán del derecho concreto sobre el que se

⁵⁹⁹ STC 136/1991, de 20 de junio, FJ. 1: “(...) el art. 148.1.1 C.E. supone un límite a la normación sancionadora autonómica, derivado de su carácter de normación limitada *ratione loci* (...)”.

⁶⁰⁰ Por todas, la STC 32/1982, de 28 de julio, FF.JJ. 5 y 6.

⁶⁰¹ STC 136/1991, de 20 de junio, FJ.1: “Para que pueda operar ese límite específico y excepcional del art. 149.1.1 C.E., en su función de asegurar la igualdad en el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes constitucionales en todo el territorio del Estado -en este caso, la garantía institucional de la libertad de empresa (art. 38 C.E.) en relación con el bien constitucionalmente protegido en el art. 139.2 C.E.-, han de darse dos condiciones: en primer lugar, la existencia de un «esquema sancionatorio» estatal, que afecte a estos derechos y deberes constitucionales, y, en segundo lugar, que la normativa sancionadora autonómica suponga una divergencia cualitativa sustancial respecto a esa normativa sancionadora estatal que produzca una ruptura de la unidad en lo fundamental del esquema sancionatorio que pueda calificarse además de irrazonable y desproporcionada al fin perseguido por la norma autonómica.”

proyecte la referida competencia estatal. Cualquier referencia a las condiciones básicas de ejercicio de un derecho remite automáticamente al contenido constitucionalmente válido del mismo⁶⁰². Afirmación que equivale a decir que la integridad del espacio económico nacional misma vendría salvaguardada por la prohibición tácita de que las Comunidades Autónomas puedan afectar a las “posiciones jurídicas fundamentales” de los ciudadanos⁶⁰³ y en concreto –como se verá– la libertad de empresa.

Aunque aparentemente excluida por la jurisprudencia, lo cierto es que toda la situación descrita recuerda a la problemática que durante décadas ocupó a la doctrina y jurisprudencia estadounidenses acerca de la denominada “cláusula de comercio latente”⁶⁰⁴. Sin perjuicio de lo que luego se dirá con respecto al artículo 139.1 de la Constitución, parece que en el ánimo del juez constitucional se encuentra la posibilidad de recurrir a una técnica de este tipo como garantía de la integridad del espacio económico nacional. Bien es cierto que sus efectos carecen del alcance que presentaban en aquél ordenamiento, de tal forma que:

- a) La aplicación del artículo 149.1.1ª de la Constitución como límite a las competencias autonómicas no puede hacerse directamente desde el texto constitucional. En la práctica, la aplicación autónoma de este precepto requiere la existencia de un régimen normativo estatal mínimamente detallado. La vertiente territorial de la igualdad permitiría al juez constitucional anticiparse a los potenciales efectos

⁶⁰² STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ. 12.

⁶⁰³ Una definición de este concepto puede encontrarse en la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ. 8: “Una comprensión sistemática del entero orden competencial lleva a concluir, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, que las “condiciones básicas” hacen referencia al contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...).”

⁶⁰⁴ En sentido contrario, ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: <<Legislación básica y Estatutos de Autonomía>>, en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis; SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José; y ARBÓS MARÍN, Xavier: *Legislación Básica y Estatutos de Autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 45. En opinión del autor, el Tribunal Constitucional habría rechazado el manejo “técnicas de relación entre los ordenamientos que existen en otras experiencias de Estados compuestos como la relativa al *spending power*, la cláusula de comercio, la de los poderes implícitos, que fueron creadas por la propia jurisprudencia federal para la adecuada articulación del sistema federal norteamericano a sus necesidades de funcionamiento.”

disgregadores de la normativa autonómica, pero en ningún caso realizar juicios puramente hipotéticos.

- b) La mera existencia de una regulación autonómica coincidente con tal régimen no es en sí misma constitutiva de una invasión competencial. Sólo lo será cuando introduzca diferencias irrazonables y desproporcionadas respecto del mismo⁶⁰⁵.

3.2.2 El alcance la limitación: posición jurídica fundamental y libertad de empresa

La posibilidad de aplicar el artículo 149.1.1ª de la Constitución de manera autónoma para limitar el ámbito de actuación autonómica convierte la identificación de su contenido material en una cuestión de primer orden. Otra cosa es que ésta sea una cuestión sencilla. Los intentos de definir el alcance material del artículo 149.1.1ª de la Constitución deben hacer frente a dos dificultades sucesivas. De una parte, habrá que determinar, con carácter previo, qué aspectos integran esa igualdad jurídica básica en el ejercicio –la “posición jurídica fundamental”, en la terminología propia del Tribunal Constitucional–, pues parece claro que tras la misma se oculta un concepto jurídico indeterminado imposible de definir en abstracto para cualesquiera situaciones⁶⁰⁶. Además, y en línea con lo anterior, no puede perderse de vista el artículo 149.1.1ª de la Constitución carece de un sentido material propio: el legislador estatal sólo podrá invocar legítimamente su competencia cuando la

⁶⁰⁵ SSTC 87/1985, de 16 de julio y 136/1991, de 20 de junio, FF.JJ. 8 y 1.

⁶⁰⁶ La definición clásica de lo que constituye un “concepto jurídico indeterminado” en nuestro ordenamiento se debe al profesor García de Enterría, para quien se incluyen aquí aquellos supuestos en los que “la ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. Se trata de conceptos “de valor” porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Sin embargo, estos conceptos, al referirse a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, su aplicación no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª Edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2013, p. 449

refiera al derecho o deber específico del que se predica aquella posición fundamental⁶⁰⁷.

Ciertamente, los problemas no tienen la misma importancia. Tras un período en que el artículo 149.1.1ª de la Constitución vio su aplicación limitada a su utilización como criterio de interpretación de los restantes títulos competenciales⁶⁰⁸, en la actualidad no cabe duda de que contiene una competencia regulatoria amplísima: bajo la expresión “posiciones jurídicas fundamentales” tienen cabida cualesquiera aspectos –facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos, etc.⁶⁰⁹–, distintos del contenido esencial de los derechos garantizado por el artículo 53.1 de la Constitución⁶¹⁰. Todo lo cual lleva a la respuesta de la segunda cuestión. Va de suyo que este instrumento ofrece un amplio margen de actuación al legislador estatal, que podrá garantizar la integridad del espacio económico nacional mediante la previsión de las posiciones jurídicas fundamentales del derecho a la propiedad y, especialmente, de la libertad de empresa constitucionalmente consagrada en el artículo 38.

Es precisamente a partir de este punto donde vuelven a aparecer los problemas derivados de la utilización del principio de unidad de mercado como criterio de interpretación del alcance de las competencias estatales. Por más que el juez constitucional haya tratado de definir límites más o menos concretos, la competencia estatal para las posiciones jurídicas fundamentales relativas a la libertad de empresa termina por hacer inservible el control basado en el artículo 139 de la Constitución. Trataré de explicarlo desde la perspectiva

⁶⁰⁷ Entre otros, ARAGÓN REYES, Manuel: *Libertades económicas y Estado Social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 131 y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, *Ob. Cit.*, p. 127.

⁶⁰⁸ DE OTTO Y PARDO, Ignacio: <<Estudios sobre el Derecho estatal...>>, *Ob. Cit.*, pp. 174 y ss.

⁶⁰⁹ STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ. 8.

⁶¹⁰ STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ. 7: “Finalmente, las condiciones básicas no equivalen ni se identifican tampoco con el contenido esencial de los derechos (art. 53.1 C.E.), técnica cuyo objeto (...) consiste en garantizar el derecho frente a los eventuales abusos o extralimitaciones de los poderes públicos, en particular y en primer término, del legislador, cualquiera que éste sea, en su tarea reguladora. El contenido esencial constituye, pues, una garantía constitucional en favor del individuo, (...); no es, en definitiva, una técnica que permita determinar lo que al Estado o a las Comunidades Autónomas les corresponde (...)”

específica del artículo 149.1.1ª de este texto, como desde la lógica que dirige la interpretación de los títulos estatales sobre la economía.

En principio, la tendencia expansiva del artículo 149.1.1ª de la Constitución debería encontrar oposición en dos límites expresamente fijados por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo. De una parte, el juez constitucional fue cauteloso a la hora de diferenciar entre las actuaciones que suponen una regulación de los derechos y deberes y aquéllas que realizan lo propio con los sectores materiales a que éstos se refieren. Sobre esta base, la potestad contenida en el artículo 149.1.1ª de la Constitución únicamente autorizaría al legislador estatal para regular las condiciones básicas que o bien garanticen la igualdad de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, o, al menos, guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con éstos⁶¹¹. Fuera de estos casos habrá de estarse a lo dispuesto en los restantes títulos competenciales. Así, por ejemplo, el citado artículo podrá conformar una base jurídica suficiente para definir los rasgos básicos de una modalidad de venta –la propia por catálogo–, pero no para prohibir su empleo en relación con un tipo específico de bienes, los farmacéuticos,– sobre los que existe un título competencial específico en el artículo 149.1.16ª de la Constitución.

Asimismo, el Tribunal Constitucional introdujo una limitación cuantitativa respecto de la densidad de la regulación estatal, de acuerdo con la cual este título “permite al Estado una “regulación” (del derecho), aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico”⁶¹². Interpretado en estos términos, el artículo 149.1.1ª de la Constitución no persigue la identidad de la posición de todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio nacional, sino la conservación de un mínimo común denominador a partir del cual son admisibles las diferencias⁶¹³.

De atender a su definición teórica, la composición realizada por el Tribunal Constitucional cumple todas las expectativas, pues resulta plenamente

⁶¹¹ FJ. 7.

⁶¹² *Ídem*.

⁶¹³ FJ. 9.

respetuosa con el rol del legislador estatal como garante de la unidad, al tiempo que deja espacio a la diversidad autonómica y, por tanto, al manejo del *juicio de unidad* en sede jurisdiccional ordinaria.

Con independencia de la complejidad de su manejo, la jurisprudencia apuntada parece definir un control basado en la integridad del espacio económico desarrollado en dos etapas. En la primera el juez constitucional habría de limitarse a comprobar que la regulación enjuiciada no vulnera el espacio constitucionalmente reservado al legislador estatal por el artículo 149.1.1ª de la Constitución, pues ni regula las condiciones básicas de ejercicio del derecho, ni guarda una estrecha relación con éstas. Superado este filtro, la constitucionalidad de la intervención autonómica dependería únicamente de que el legislador haya respetado lo dispuesto en el artículo 139 de la Constitución. Se entiende así que el juez constitucional haya dejado sentado que las “condiciones básicas” no son equiparables a una “legislación básica”⁶¹⁴. Mientras éstas invitan al desarrollo ulterior por parte del legislador autonómico, las “condiciones básicas” operan como un límite a su actuación, de tal forma que la regulación autonómica no podrá afectar a la posición jurídica fundamental del derecho correspondiente⁶¹⁵.

Sin embargo, la experiencia práctica ha puesto de manifiesto el carácter artificioso de esta diferenciación. Lejos de contener su escrutinio sobre la titularidad de la competencia para permitir el control propio del artículo 139 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha optado por anticipar éste y garantizar la integridad del espacio económico desde la potestad para definir las condiciones básicas directamente relacionadas con el ejercicio de la libertad de empresa. Especialmente ilustrativa al respecto es la línea jurisprudencial seguida con ocasión de los regímenes sancionadores definidos por el legislador autonómico. Ciertamente, este ámbito resulta especialmente confuso por cuanto entra en juego la competencia básica del Estado en materia de Administraciones y procedimiento⁶¹⁶, pero en las ocasiones en que ha tenido

⁶¹⁴ FJ. 7.

⁶¹⁵ *Vid. Supra.*, Epígrafe 3.

⁶¹⁶ Artículo 149.1.18ª de la Constitución: “(El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:) Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del

ocasión, el juez constitucional ha recurrido al artículo 149.1.1^a de la Constitución para descartar que las Comunidades Autónomas puedan fijar para los empresarios que operan en su territorio un régimen distinto y más gravoso que el propio de referencia previsto por el legislador estatal⁶¹⁷.

La decisión resulta llamativa a la luz de la doctrina clásica en el sentido de que el carácter instrumental de la potestad sancionadora permite a las Comunidades Autónomas adoptar normas sancionadoras en todos los ámbitos materiales donde sean convenientes, siempre que al hacerlo respeten, claro está, determinados límites⁶¹⁸. Pero también porque, en lugar de admitir la titularidad competencial y esperar a conocer los efectos discriminatorios que el susodicho régimen sancionador pudiera generar, el Tribunal Constitucional prefiere ampliar la competencia estatal para incluir la posibilidad de que el legislador estatal defina “un esquema básico (...) que, en consecuencia, debe ser de aplicación en todo el territorio del Estado, sin perjuicio de que la legislación sancionadora que pueda establecer cada Comunidad Autónoma (...) module tipos y sanciones en el marco de aquellas normas”⁶¹⁹. Al hacerlo, el juez constitucional ha perdido la oportunidad de dotar de un sentido propio al artículo 139 de la Constitución: el control previsto en el mismo sólo podrá ser aplicado cuando la actuación autonómica se refiera a un aspecto de la actividad económica que ni el legislador estatal, ni –en defecto de regulación

régimen estatutario de los funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.”

⁶¹⁷ STC 124/2003, de 19 de junio, FJ. 8: “De ahí que las Comunidades Autónomas puedan adoptar normas administrativas sancionadoras cuando tengan competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, (...), y no introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (art. 149.1.1 CE; SSTC 87/1985, de 16 de julio, FJ. 8; 196/1996, de 28 de noviembre, FJ. 3). La regulación de las infracciones y sanciones que las Comunidades Autónomas lleven a cabo estará pues limitada por los principios básicos del ordenamiento estatal (STS 227/1988, FJ. 29), y, en todo caso, habrá de atenerse a lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE (...)”.

El mismo pronunciamiento se reproduce en una multitud de Sentencias: STC 52/1988, de 24 de marzo, FJ. 3; STC 156/1995, de 26 de octubre, FJ. 3, etc.

⁶¹⁸ Por todas, la STC 96/1996, de 30 de mayo, FJ. 7.

⁶¹⁹ STC 124/2003, de 19 de junio, FJ. 8.

expresa– el Tribunal Constitucional, consideren adecuado dotar de carácter uniforme⁶²⁰.

Por si lo anterior no fuera suficiente, la contención que se exige al juez constitucional debe tener lugar en el marco de la dinámica seguida en la interpretación de las competencias estatales sobre la economía. Quizás sea ilusorio –y sería incluso contradictorio– esperar que el juez constitucional tome con una mano la bandera de la autonomía, tratando de limitar al máximo la uniformidad que se deriva de la posición jurídica fundamental relativa a la libertad de empresa, al tiempo que con la otra deja por escrito que ““(l)a competencia estatal en cuanto a la ordenación de la economía responde al principio de unidad económica y abarca la definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos”⁶²¹, incluso “existiendo una competencia sobre un subsector económico que una Comunidad Autónoma ha asumido como exclusiva en su Estatuto”⁶²². Antes al contrario, parece imaginable que el manejo del principio de unidad de mercado como criterio de interpretación de los títulos estatales le lleve a ampliar el elenco de “condiciones básicas” que habrá de resultar uniformes para todo el territorio al menos, como se vio en la jurisprudencia indicada más arriba, en aquellos derechos más directamente ligados a la actividad económica. Todo ello sin desconocer que este mismo efecto protector puede lograrse, sin necesidad de distinguir la interpretación del

⁶²⁰ En este sentido, la STC 87/1987, de 2 de junio. Se analizaba un Decreto de la Generalidad de Cataluña sobre el procedimiento de clasificación de películas cinematográficas y material audiovisual de contenido inapropiado. La Sentencia no discute que la regulación tiene un fundamento suficiente en las competencias autonómicas sobre cultura, pero esto no impide que acabe por apreciar una invasión del título estatal previsto en el artículo 149.1.1ª de la Constitución. En efecto, en tanto que este tipo de productos está sujeto a un tipo tributario agravado, la competencia autonómica “sería inconciliable con lo prevenido en el art. 149.1.1, en relación con los deberes tributarios en presencia (por la) potencial diversidad de criterios para la adjudicación de unas calificaciones que así operan como presupuesto de tratamientos específicos respecto de impuestos y exacciones fiscales” (FJ. 3). Así las cosas, la exigencia de uniformidad permitiría la aplicación autónoma de dicho precepto aún con preferencia a una competencia autonómica específica recogida expresamente en el Estatuto de Autonomía correspondiente y a pesar del carácter hipotético del conflicto. Basta con que el juez constitucional aprecie la conveniencia de que una cuestión reciba un tratamiento uniforme en todo el territorio nacional para que la competencia estatal se imponga sobre otro título autonómico de carácter específico.

⁶²¹ STC 186/1988, FJ. 2.

⁶²² STC 225/1993, de 8 de julio, FJ. 9.

artículo 149.1.1ª de la Constitución según el derecho sobre el que se proyecte, a través de la ampliación del ámbito material propio de otros títulos estatales⁶²³.

En esta tendencia a la uniformidad, también desde el punto de vista del artículo 149.1.1ª de la Constitución, ocupa un lugar destacado en la STC 87/1987, de 2 de junio, donde se analizaba un Decreto de la Generalidad de Cataluña sobre el procedimiento de clasificación de películas cinematográficas y material audiovisual de contenido inapropiado. La Sentencia no discute que la regulación tiene un fundamento suficiente en las competencias autonómicas sobre cultura, pero esto no impide que acabe por apreciar una invasión del título estatal previsto en el artículo 149.1.1ª de la Constitución. En tanto que la calificación otorgada a la película lleva aparejado un tratamiento fiscal diferente, la necesidad de asegurar la aplicación uniforme del régimen fiscal en todo el territorio nacional desplaza la competencia autonómica⁶²⁴. La necesaria homogeneidad de éste debe ser vista, en palabras del juez constitucional, como una conexión relevante susceptible de “llevar a matizar o a negar, para algún supuesto, la competencia en estas materias de la Comunidad Autónoma y, con ella, la regularidad constitucional y estatutaria de las disposiciones cuya adopción ha dado origen a este conflicto”⁶²⁵. En fin, parece suficiente que el juez constitucional aprecie la conveniencia de que una cuestión reciba un tratamiento uniforme en todo el territorio nacional para que la competencia estatal se imponga sobre otro título autonómico de carácter específico.

3.3Panorámica general

El control de las actuaciones públicas desde la perspectiva de la integridad del espacio económico nacional consta de dos elementos claros que lo asemejan al propio de otros ordenamientos jurídicos. Así, la fiscalización comienza con el análisis de la titularidad competencial, de manera que

⁶²³ AJA FERNÁNDEZ, Eliseo: <<El artículo 149.1.1 de la Constitución...>>, *Ob. Cit.*, p. 29.

⁶²⁴ FJ. 3: “Este peculiar régimen fiscal ha de encontrar una aplicación uniforme, pues sería inconciliable con lo prevenido en el art. 149.1.1, en relación con los deberes tributarios en presencia (art. 31.1 de la misma Norma fundamental), la existencia en este punto de una potencial diversidad de criterios para la adjudicación de unas calificaciones que así operan como presupuesto de tratamientos específicos respecto de impuestos y exacciones estatales”.

⁶²⁵ FJ. 2.

cualquier actuación autonómica que resulta lesiva de las potestades reservadas al Estado en el artículo 149.1 de la Constitución deviene automáticamente nula, sin necesidad de proseguir con el escrutinio. Lo que es tanto como decir que el listado competencial funciona como una suerte de filtro respecto de los asuntos susceptibles de control según el *juicio de unidad* en sentido estricto contenido en el artículo 139 de la Constitución.

Pese al carácter aparentemente neutro del control, un somero repaso de la actividad del Tribunal Constitucional revela la preferencia de éste por garantizar la integridad del espacio económico desde una perspectiva esencialmente competencial. En esta línea, la conjunción del rol de garante que corresponde al legislador nacional y la utilización del principio de unidad de mercado como parámetro de interpretación ha dado como resultado la configuración de dos competencias transversales que permiten al Estado impedir las actuaciones potencialmente lesivas sin necesidad de atender a los efectos concretos que la medida enjuiciada despliega sobre la integridad del espacio económico.

Especial interés merece la competencia exclusiva de alcance general que el juez constitucional ha puesto en manos del Estado a resultas de la lectura del artículo 149.1.1ª de la Constitución. El reconocimiento de su posible aplicación autónoma y las dificultades para contener la tendencia expansiva de lo que deben considerarse “condiciones básicas directamente relacionadas de ejercicio de la libertad de empresa” convierten dicho precepto en el eje central del control efectuado en sede constitucional. Con la lectura actual, no es ilógico pensar que cualquier aspecto jurídico cuya importancia haga pensar que su regulación por el legislador autonómico podría poner en riesgo la unidad del espacio económico merezca su inclusión dentro de la “posición jurídica fundamental para el ejercicio de la libertad de empresa”.

Este modo de proceder por parte del juez constitucional no está exento de problemas. Desde la perspectiva que aquí interesa, el manejo de un control eminentemente competencial como el expuesto habrá de llevar a que el artículo 139 de la Constitución permanezca prácticamente inédito en la

jurisprudencia constitucional, pues la mayor parte de las actuaciones autonómicas relativas a la integridad del espacio económico no superarán el filtro jurídico previsto en el artículo 149.1.1ª de la Constitución ni aún en ausencia de legislación estatal. *El riesgo de la lectura hipertrófica de las competencias estatales es el vaciamiento del precepto constitucional específicamente orientado a asegurar la integridad del espacio económico, esto es, del artículo 139 de la Constitución en beneficio de la capacidad estatal para regular las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.*

4. El control basado en la integridad del espacio económico nacional (II): el ejercicio competencial

Si la exposición realizada en el apartado anterior es correcta, creo que puede concluirse que nuestro sistema de garantía de la integridad del espacio económico nacional finaliza en la mayor parte de los casos con la identificación del nivel de gobierno competente. Una vez determinado éste, el modo concreto en que se haya hecho uso de la competencia rara vez merece un estudio detallado en la Sentencia. En unos casos porque se habrá concluido la incompetencia del autor de la disposición enjuiciada. En otros, porque al establecer la suficiencia del título autonómico invocado no se entenderá oportuno profundizar en el análisis de una cuestión que no exige un tratamiento uniforme para el funcionamiento del Estado. Sea como fuere, es difícil despojar al artículo 139 de la Constitución del rol secundario en que lo han sumido las cerca de cuatro décadas de jurisprudencia constitucional desarrollada hasta la fecha.

Y, sin embargo, como es lógico el Tribunal Constitucional nunca ha señalado el artículo 139 de la Constitución como un precepto superfluo, sino – según se apuntó un poco más arriba– como una auténtica directriz acerca del modo en que deben ejercerse las propias competencias, ya sean éstas estatales o autonómicas. Si destaco esto es porque, a mi juicio, el problema del *juicio de unidad* en nuestro modelo es una consecuencia indeseada de la

interpretación –tendente a la unidad– del listado competencial, y no una opción conscientemente buscada por la jurisprudencia. En fin, hay una falta de correspondencia entre la importancia de este artículo en el funcionamiento del modelo autonómico y el ámbito de aplicación que le permite la lectura apuntada en el apartado anterior.

En efecto, el artículo 139 de la Constitución contiene la previsión más precisa sobre la unidad de mercado ordenada en torno a dos apartados. Como es bien sabido, en atención al primero “Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”, mientras que el apartado segundo adopta un tono taxativo para decretar que “Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”.

No deja de resultar llamativo que el escaso protagonismo que el precepto ha mantenido en la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional no haya impedido la aparición de algunas dudas acerca del mismo. Sin lugar a dudas, la más sencilla fue la relativa a su función respecto del reparto competencial consagrado unos artículos después. En relación con la misma, el juez constitucional ha sido tajante a la hora de señalar que ninguno de los dos apartados que integran el artículo 139 de la Constitución “es atributivo de competencias sino que se limita(n) a establecer principios que son límites, tanto de las competencias autonómicas como de las estatales y, por ello, inadecuados para resolver un conflicto de competencias”⁶²⁶. Parece claro que el citado artículo permite el control del ejercicio competencial, sin aportar nada

⁶²⁶ STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ. 14.

a la cuestión de la titularidad⁶²⁷ más allá de su –discutible– utilización como criterio de interpretación de su alcance material⁶²⁸.

Sea como fuere, el debate más interesante sobre el artículo 139 de la Constitución tuvo que ver con las consecuencias jurídicas que, en su caso, pudieran resultar del hecho de que el constituyente decidiera diferenciar dos apartados distintos. A mi juicio, la simple existencia del mismo es suficiente para dedicar algunas líneas a esta cuestión, pues, dado el carácter único del artículo 139 de la Constitución, es evidente que cualquier sugerencia que se realice acerca de la estructura que habría de presentar el *juicio de unidad* debería partir del tenor de este texto.

En términos generales, caben dos posiciones al respecto de esta cuestión. Para algún autor la diferenciación, lejos de resultar casual, habría sido expresamente buscada por los redactores de la Carta Magna, de tal modo que sería posible proceder a la aplicación de cada uno de los apartados que integran el artículo 139 de manera autónoma. Más aún, cada uno de éstos pretendería ofrecer respuestas a un tipo específico de problemas: el apartado primero prohibiría las discriminaciones formales o explícitas, mientras el número dos se centraría en los efectos distorsionadores de las regulaciones indistintamente aplicables⁶²⁹.

Este modo de proceder no resulta desconocido en el ámbito del espacio económico comunitario, donde el carácter expreso de la distinción y la aplicación diferenciada de la medida inciden de manera sustancial en el

⁶²⁷ En sentido contrario, el profesor Cosculluela ha sostenido que el artículo 139 de la Constitución da entrada en nuestro ordenamiento a la doctrina estadounidense sobre la cláusula de comercio, por lo que define una competencia estatal amplísima en materia económica. COSCULLUELA MONTANER, Luis: <<Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de derecho comunitario europeo y los principios generales del derecho público económico>>, en VV.AA: *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 133.

⁶²⁸ En este sentido, la STC 52/1988, de 24 de marzo, FJ. 3: “(...) de estos principios (contenidos en el artículo 139 de la Constitución) no resultan directamente competencias en favor del Estado o de las Comunidades Autónomas, si bien informan las reglas que asignan tales competencias, que deben ser interpretadas de acuerdo con el contenido de los mismos.” Sobre lo discutible de este uso del principio constitucional de unidad de mercado, *Vid. Supra.*, Apartado 2.

⁶²⁹ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, *Ob. Cit.*, pp. 36 y 41, respectivamente. En el mismo sentido, ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomía política y unitat económica...*, *Ob. Cit.*, p. 286.

proceso judicial de control, modulando la intensidad del escrutinio⁶³⁰. Pero ni los antecedentes normativos del artículo 139 de la Constitución, ni aún la jurisprudencia constitucional muestran indicios de que esta diferenciación del *juicio de unidad* haya sido recibida en España. Antes al contrario, señalaré más adelante que esta diferenciación no ha encontrado espacio en la jurisprudencia vigente, de tal manera que con independencia del tipo de discriminación de que se trate la conducta enjuiciada habrá de superar el mismo juicio de proporcionalidad, cualquiera que sea la causa o el alcance de la diferenciación⁶³¹.

Frente a esta aproximación, tanto la jurisprudencia constitucional como la doctrina científica han optado por la segunda de las posturas posibles: los dos apartados en que se estructura el artículo 139 carecen de independencia procesal, integrando un único juicio⁶³². De este modo, cuando el Tribunal Constitucional exige que la medida enjuiciada resulte proporcionada y respete la igualdad básica de los españoles, no está solicitando el cumplimiento de dos requisitos acumulativos, sino que la referencia debe entenderse como la identificación de una causa y su efecto⁶³³.

⁶³⁰ Vid. *Supra.*, Capítulos II y III, Epígrafes 6 y 5, respectivamente.

⁶³¹ Cuestión distinta es que la lectura propuesta por estos autores pueda resultar deseable por cuanto supone aproximar el control efectuado en sede constitucional al propio de la Unión Europea. En tal caso, el modelo aún habría de superar un problema de primera magnitud: la inexistencia de un elenco de excepciones a la libre circulación. Cuestión que ya ha recibido una posible respuesta en la tesis de Pemán Gavín en el sentido de considerar que el artículo 139.1 de la Constitución convierte el origen geográfico en una de las categorías sospechosas de discriminación propias del artículo 14. PEMÁN GAVÍN, Juan: *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992, p. 144. De producirse esta circunstancia, podría avanzarse parcialmente hacia una aproximación con el control propio de la sede comunitaria aplicando a las medidas formalmente discriminatorias el riguroso juicio de proporcionalidad que acompaña a aquella calificación.

⁶³² Ciertamente, no han faltado ocasiones en las que el Tribunal Constitucional hace una referencia diferenciada a cada uno de los apartados del artículo 139 de la Constitución. Sea como fuere, la diferenciación carece de efectos prácticos y procesales concretos, pues la lesión de uno de tales apartados lleva aparejada necesariamente la propia del restante. En este sentido, la STC 96/2002, FJ. 12: “De esta manera (...) resulta lesionada tanto la libertad de circulación del art. 139.2 CE (por tratarse de unas medidas que imponen trabas injustificadas al desarrollo de las empresas en condiciones básicas de igualdad) como la garantía constitucional del art. 139.1 CE (...) (pudiendo ser las cargas fiscales distintas sobre la base misma de la diferencia territorial)”.

⁶³³ Como indica Ruiz-Rico Ruiz, a lo sumo, la diferencia entre los dos apartados del artículo 139 de la Constitución reside en su especificidad. De este modo, “el artículo 139.2 podría interpretarse como una especificación objetiva del primer apartado, en la medida en que el resultado de una desigualdad territorial en el régimen y ejercicio de los derechos constitucionales incide –invariablemente, pensamos– en la libertad de circulación y

Desde esta segunda perspectiva, el artículo 139.1 de la Constitución contendría un mandato de igualdad de todos los españoles, una manifestación concreta de la igualdad prevista en el artículo 14⁶³⁴ en virtud de la cual los operadores económicos habrán de gozar de una posición jurídica semejante ante cada ordenamiento autonómico en cualquier ámbito material que se imagine⁶³⁵. Se trata, por tanto, de una igualdad abstracta que completa, de algún modo, la dispuesta en el artículo 149.1.1ª de la Constitución: mientras éste confiere al legislador estatal la potestad exclusiva para regular la posición jurídica fundamental en el ejercicio de los derechos desde la definición de aquellos aspectos que, a juicio del legislador estatal, deben ser uniformes, el artículo 139.1 prohíbe a los poderes públicos el manejo de criterios que se traduzcan en un perjuicio o una falta de beneficio injustificados para los particulares⁶³⁶. Quizás este apartado no consagre una igualdad exactamente equiparable a la prevista en el artículo 14 de la Constitución⁶³⁷, pero esto no quita para que, como se apuntó con anterioridad, el alcance de la limitación introducida por el artículo 139.1 de la Constitución sólo pueda entenderse por referencia a lo dispuesto en el número 149.1.1ª de la misma: la igualdad básica que habrá de respetar la Comunidad Autónoma, toma forma en la legislación estatal.

establecimiento de las personas.” RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: *Los límites constitucionales...*, Ob. Cit., p. 121.

⁶³⁴ STC 8/1986, de 21 de enero, FJ. 4.

⁶³⁵ Entre otros, ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomia política y unitat econòmica...*, Ob. Cit., p. 224; DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, Ob. Cit., p. 35; CIDONCHA MARTÍN, Antonio: <<La unidad económica antes...>>, Ob. Cit., p. 6 y RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: *Los límites constitucionales...*, Ob. Cit., p. 138. En todo caso, señala este autor que el origen de esta caracterización se encuentra en DE OTTO Y PARDO, Ignacio: <<Estudios sobre el Derecho estatal...>>, Ob. Cit., pp. 153 y sig.

⁶³⁶ STC 96/2002, de 25 de abril, FF.JJ. 4 y 12, respectivamente: “(...) la garantía constitucional del art. 139.1 CE, en cuanto manifestación concreta del principio de igualdad del art. 14 CE (...) aunque no exige que las consecuencias jurídicas de la fijación de la residencia deban ser, a todos los efectos, las mismas en todo el territorio nacional (...), sí garantiza el derecho a la igualdad jurídica, "es decir, a no soportar un perjuicio -o una falta de beneficio- desigual e injustificado en razón de los criterios jurídicos por los que se guía la actuación de los poderes públicos" (STC 8/1986, de 21 de enero, FJ. 4)”.

⁶³⁷ Mientras ésta supone un derecho subjetivo, la igualdad prevista en el artículo 139.1 de la Constitución define una regla de funcionamiento del modelo territorial autonómico según la cual el origen geográfico pasa a formar parte de las categorías sospechosas de discriminación definidas en el artículo 14 de la Constitución. CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel: *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho Comunitario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 38.

Esta misma igualdad encuentra reflejo en el apartado segundo bajo la forma de una garantía de la actividad comercial frente a los potenciales riesgos de una estructura territorial políticamente descentralizada. El artículo 139. 2 de la Constitución vendría, pues, a concretar la prohibición de discriminación en el tráfico económico, lo que a la postre se traduce en el reconocimiento de las libertades de circulación clásicas para el desarrollo de la actividad económica⁶³⁸, excluyendo las medidas que directa o indirectamente obstaculicen esta libre circulación económica. La igualdad de trato prevista en el apartado anterior encuentra en éste unos parámetros –bien es cierto que genéricos– que pueden guiar la actuación del órgano correspondiente –en este caso, el Tribunal Constitucional– en su labor de controlar las actuaciones procedentes de los poderes públicos⁶³⁹. A la postre, el problema vuelve a ser de grado: la existencia de un régimen jurídico distinto para el ejercicio de la actividad económica en una Comunidad Autónoma no romperá el espacio económico español siempre que el mismo resulte proporcionado al fin legítimo que pretende y respete la igualdad básica de todos los españoles⁶⁴⁰.

Una vez descartada la existencia de juicios de unidad diferentes en función del carácter expreso o tácito de la actuación puede procederse al análisis del *juicio de unidad* en sentido estricto efectuado en sede constitucional. Pero antes habré de completar la explicación sobre el ámbito de aplicación que la jurisprudencia permite al artículo 139 de la Constitución a tenor del enfoque marcadamente competencial para el control que se ha venido destacando.

⁶³⁸ Así, la STC 88/1986, de 25 de abril, FJ. 3: “Esta unidad de mercado supone, por lo menos, *la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra (...)*”. *Cursiva añadida*.

⁶³⁹ STC 173/1998, de 23 de julio, FJ. 10.

⁶⁴⁰ STC 88/1986, de 1 de julio, FJ. 6: “La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: La regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles.”

4.1 Cuestiones previas: la aplicación autónoma del artículo 139 de la Constitución

Entre las conclusiones sobre el escrutinio de la titularidad competencial basada en la integridad del espacio económico la siguiente ocupó un lugar destacado: la relación entre los artículos 139 y 149.1.1ª de la Constitución se desarrolla en términos de un juego de suma cero. Se dijo entonces que existe un solapamiento entre los mismos, pues las posibilidades de aplicar de manera autónoma el *juicio de unidad* previsto en el primero de los artículos citados pasan porque la cuestión no haya quedado suficientemente resuelta durante el filtro competencial previo. De ahí que, antes de proceder a la explicación del *juicio de unidad* definido por el juez constitucional, sea necesario aclarar en qué casos puede acudir al mismo.

En esta línea, va de suyo que la situación apuntada no debería ser problemática en el caso de que el juez constitucional hubiera optado por garantizar un ámbito propio de aplicación al control basado en el ejercicio de la competencia. El juez constitucional bien pudiera haber favorecido la existencia de regímenes normativos diversos en las distintas partes del territorio nacional mediante una interpretación restrictiva del artículo 149.1.1ª de la Constitución que limitase a sus aspectos esenciales el régimen normativo que se entiende ha de ser uniforme en todo el territorio nacional. El propio Tribunal Constitucional ha efectuado algún intento en este sentido sin éxito⁶⁴¹. Como se apuntó más arriba, existe en nuestro ordenamiento una suerte de “cláusula de comercio latente” de efectos limitados⁶⁴², por lo que pareciera que el mero hecho de invocar el título contenido en el artículo 149.1.1ª de la Constitución habría de traer como consecuencia inmediata la calificación de cualquier aplicación del artículo 139 de la Constitución como superflua. O el

⁶⁴¹ STC 247/2007, de 12 de diciembre, cuyo FJ. 14 señala: “Así pues, *una vez garantizadas*, de un lado, las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles respecto de los derechos constitucionales (arts. 81.1 y 149.1.1 CE) y, de otro, *la señalada igualdad material prevista para las áreas de competencia estatal* (art. 149.1 CE), nuestra Constitución permite que las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas establezcan sus propias políticas diferenciadas en las materias de su competencia y que, al hacerlo, determinen una diversidad de regímenes jurídicos en cada una de ellas con los efectos consiguientes sobre los ciudadanos de cada territorio autonómico (...)”.

⁶⁴² Vid. *Supra.*, p. 247.

planteamiento del asunto se efectúa de manera tal que obligue a aplicar este artículo, o no hay razones para pensar que el juez constitucional vaya a dejar margen a la utilización del *juicio de unidad* en sentido estricto.

Aunque algo de esto hay, creo que este modo de argumentar sería erróneo. Por muy limitado que sea, la jurisprudencia constitucional ha reservado al artículo 139 de la Constitución un ámbito propio de aplicación al restringir las ocasiones en que la competencia estatal puede servir como límite inmanente a las actuaciones desarrolladas por el legislador autonómico: la existencia un esquema regulatorio estatal mínimo⁶⁴³. En tanto que intérprete y no creador, el juez constitucional podrá ampliar el alcance de la competencia normativa estatal desde los rasgos básicos definidos por el legislador estatal, pero en ningún caso le corresponde perfilar éstos en atención exclusiva a su propio criterio. Por más que pueda resultar obvio, el límite tiene cierto interés para el tema de estudio, pues confirma que el órgano encargado del control requiere de la existencia de un régimen jurídico –aunque sea mínimo– de referencia que permita medir si el grado de diversidad introducido por la ordenación autonómica resulta suficiente para apreciar la existencia un nuevo espacio económico. Así las cosas, el *juicio de unidad* a que se refieren las páginas siguientes puede encontrar aplicación autónoma cuando se cumplen dos requisitos simultáneos:

- a) Es necesario que la cuestión sobre la titularidad competencial no hay sido discutida por ninguna de las partes en litigio, o, en su defecto, que el juez constitucional siga albergando dudas sobre el modo en que la actuación enjuiciada afecta a la integridad del espacio económico una vez resuelta aquella cuestión.
- b) Además, será preciso que la disposición enjuiciada no afecte a una cuestión que el Tribunal Constitucional considere parte integrante de la competencia estatal *ex artículo* 149.1.1ª de la Constitución en la interpretación que del mismo permita el régimen jurídico de referencia definido por el legislador estatal. En el fondo, esto es tanto como decir

⁶⁴³ STC 136/1991, de 20 de junio, FJ.1.

que la actuación enjuiciada no podrá referirse a ningún aspecto que aquél podría considerar adecuado sujetar a un tratamiento uniforme para todo el territorio nacional a tenor del régimen normativo vigente.

A pesar de lo limitadísimo de su alcance en la interpretación actual⁶⁴⁴, parece conveniente revisar la jurisprudencia constitucional para comprobar cuáles son las líneas maestras del *juicio de unidad* en sentido estricto. De éstas dependerá no sólo la resolución de los asuntos planteados en sede constitucional que reúnan las dos condiciones citadas, sino también la de aquéllos conocidos por la jurisdicción ordinaria, pues va de suyo que cualquier desarrollo del artículo 139 de la Constitución que se efectúe a nivel legislativo habrá de resultar conforme con la lectura realizada por el Tribunal Constitucional.

En las páginas siguientes trataré de destacar los dos aspectos constitucionales básicos del *juicio de unidad* en sentido estricto vigente en nuestro ordenamiento. Una noción de obstáculo que permite la fiscalización de cualquier actuación de los poderes públicos que pueda dar lugar a una discriminación en el ejercicio de la actividad económica. De otro lado, unos parámetros de control suficientemente flexibles para permitir el ejercicio de las competencias legítimamente asumidas por las Comunidades Autónomas. A la luz de los mismos, parece evidente que el control derivado del artículo 139 de la Constitución toma la forma de un juicio clásico sobre la proporcionalidad de la medida: la actuación habrá de ser proporcionada al objetivo legítimo que persigue y dejar en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles⁶⁴⁵. Nuestro modelo no difiere en este punto de lo ocurrido en otros ámbitos jurídicos.

⁶⁴⁴ En idéntico sentido, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: <<El contencioso de la unidad de mercado>>, en ALONSO MAS, María José (Dir.): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la unidad de mercado*. La Ley, Madrid, 2014, p. 979. En opinión del autor, la jurisprudencia constitucional “ha eludido conscientemente todo intento de frenar tal disparidad (normativa autonómica) aplicando el claro imperativo establecido en el art. 139.2 de la Constitución.”

⁶⁴⁵ STC 88/1986, de 1 de julio, FJ. 6.

4.2 El juicio constitucional de unidad: el concepto de “obstáculo a la libre circulación”

Al analizar el *juicio de unidad* aplicado en otros ordenamientos jurídicos hubo ocasión de señalar que la importancia de la noción de obstáculo a la libre circulación. Si toda medida relacionada de manera más o menos directa con el acceso y ejercicio de la actividad económica mereciera automáticamente su calificación como obstáculo, los poderes públicos territoriales quedarían desprovistos de cualquier capacidad de actuación. Por el contrario, una caracterización demasiado restrictiva de este concepto traería consigo una merma evidente del control. Como en tantos otros ámbitos, es necesario alcanzar un punto intermedio, un concepto lo suficientemente dúctil como para permitir que el control remueva únicamente las actuaciones discriminatorias en el desarrollo del tráfico económico.

Pues bien, dejando al margen algunas especialidades a las que luego haré referencia, creo que puede afirmarse que el sistema español –como anteriormente ocurrió con el estadounidense y el comunitario– maneja una concepción amplísima de lo que debe entenderse tal: *cualquier actuación procedente de un poder público territorial que busque o tenga por efecto la mejor posición de un grupo de empresarios respecto sus competidores, sean estos de la misma o distinta Comunidad Autónoma*. Me referiré brevemente a cada uno de estos elementos: medidas susceptibles de control; criterios para la identificación de los obstáculos y alcance geográfico de los mismos.

4.2.1 Cualquier actuación procedente de un poder público territorial...

Comenzando por los sujetos susceptibles de control, el artículo 139.2 de la Constitución no ofrece margen de duda: “(n)inguna autoridad podrá...”. Ya se apuntó con anterioridad pero quizás no esté de más insistir en esta idea: el veto se dirige a todos los poderes públicos territoriales, Estado, Comunidades Autónomas y entes locales⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶ STC 173/1998, de 23 de julio, FJ. 10.

Ciertamente, no han faltado ocasiones en las que el veto parecía restringido a las actuaciones autonómicas⁶⁴⁷, pero en ningún caso puede considerarse inédita su aplicación a las actuaciones estatales⁶⁴⁸ ni aún a los municipios, por más que la revisión de estas últimas rara vez tengan acceso a la jurisdicción constitucional. En mi opinión, el protagonismo autonómico se explica sencillamente porque, por su propia naturaleza, el efecto limitativo de la integridad del espacio económico encuentra un sujeto propicio en las actuaciones autonómicas, lo que no significa en modo alguno que no pueda invocarse frente a las intervenciones procedentes del legislador estatal.

Quizás sea cierto que la simple existencia de las Comunidades Autónomas ponga en tela de juicio la uniformidad normativa, pero esto no implica en modo alguno que el legislador estatal no pueda verse tentado a introducir diferencias injustificadas que sitúen a un grupo de individuos en una posición más ventajosa y, por consiguiente, fragmentar el espacio económico. Asumir que la función de garante que corresponde al Estado puede ser suficiente por sí misma para garantizar que éste no lesiona la integridad del espacio económico nacional sería un contrasentido por la sencilla razón de que éste reúne la mayor parte de competencias de carácter económico y, como se verá, la noción de obstáculo manejada en sede constitucional no requiere la presencia de un elemento volitivo o de intencionalidad.

Declarado, pues, que el artículo 139 de la Constitución contiene un mandato dirigido a todos los poderes públicos, el interés se dirige hacia su alcance: qué conductas son merecedoras de su calificación como “obstáculo”. Y lo serán, según la dicción literal del precepto, las “medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.” La propia

⁶⁴⁷ STC 52/1988, de FJ. 3: “una cosa son los límites constitucionales y estatutarios relativos a la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas, y otra los criterios materiales que de la Constitución o de los Estatutos de Autonomía se desprenden en cuanto al ejercicio de sus propias competencias, como sucede con los que impone el art. 139 en sus dos apartados, porque sólo es posible alegar la infracción de estos dos últimos límites cuando las Comunidades Autónomas hayan ejercido materialmente las competencias.”

⁶⁴⁸ STC 96/2002, de 29 de abril, FJ. 11: “(...) al Estado no le es dado que en uso de sus competencias generales sea él mismo quien quiebre esa unidad (de mercado) sin una justificación razonable desde el punto de vista constitucional”.

expresión de la regla deja entrever que el sistema español de garantías carece de grandes novedades respecto a la noción de obstáculo manejada en otros modelos, como el propio de los Estados Unidos de América o la Unión Europea: parece evidente que el constituyente optó por ampliar al máximo el alcance del control.

Así, dentro de la expresión “medidas” encuentran cabida fácilmente todas las actuaciones que procedan de los poderes públicos, ya sean éstas de disposiciones normativas –normas con rango de ley y reglamentos–, actos de aplicación, o, incluso, la simple vía de hecho⁶⁴⁹. Así las cosas, cualquier actuación procedente de cualquier poder público territorial es susceptible de fragmentar el espacio económico cuando se den las condiciones previstas en el resto del artículo: obstaculizar la libre circulación. *Cualquier actuación procedente de un poder público territorial tiene cabida en el ámbito de control del artículo 139 de la Constitución.*

4.2.2 ... que busque o tenga por efecto la mejor posición de un grupo de empresarios respecto sus competidores...

Sin perjuicio de lo anterior, la dicción del artículo 139.2 de la Constitución tiene más interés por lo supone que por su literalidad. Si cualquier actuación pública es potencialmente susceptible de fragmentar el espacio económico la noción de “obstáculo” que se maneje debe tener unos perfiles lo suficientemente estrictos como para permitir el funcionamiento normal del Estado. Y el funcionamiento normal de un modelo políticamente descentralizado como el Estado de las Autonomías pasa por la coexistencia de regímenes jurídicos diversos sobre la actividad económica. En principio, el control de las actuaciones autonómicas debe arrancar de la presunción de su validez.

El artículo 139 de la Constitución no prohíbe, por tanto, la mera existencia de la actuación autonómica. En el fondo, el “obstáculo a la libre circulación” no es más que un aspecto de cuyo tratamiento jurídico diferenciado

⁶⁴⁹ VIVER PI I SUNYER, Carles: <<La libertad de circulación...>>, *Ob. Cit.*, p. 57.

por parte de la Comunidad Autónoma se deriva la mejor posición competitiva de un grupo de operadores económicos. Su apreciación es, por tanto, fruto de la comparación de dicho régimen jurídico con el propio de referencia para todo el Estado. Así, sólo en el caso de que ésta revele un cambio de cierta entidad, la decisión tomada por el legislador autonómico podrá calificarse como un obstáculo pues “no toda incidencia es necesariamente un obstáculo”⁶⁵⁰. Con esta afirmación el juez constitucional pone de manifiesto que el salto de una a otra categoría vendrá determinado por la presencia de una circunstancia específica: la mejor posición de un determinado grupo de operadores económicos sin que ésta se encuentre debidamente justificada⁶⁵¹.

Sobre esta premisa, el escaso número de resoluciones dictadas no ha impedido que, desde el inicio de su labor interpretativa, el Tribunal Constitucional haya desmarcado la fragmentación del espacio económico de la intencionalidad de la norma enjuiciada. De este modo, el *juicio de unidad* aplicado en sede constitucional incluye dos grandes tipos de conductas.

De una parte, todas las regulaciones que intencionadamente busquen situar a un grupo de empresarios en una posición de ventaja competitiva con respecto a los procedentes de otro territorio. Va de suyo que la inclusión de este precepto en el texto constitucional tiene como finalidad principal la de evitar que los poderes públicos territoriales empleen indebidamente las competencias que tienen atribuidas para el logro de fines proteccionistas. Este tipo de actuaciones contradicen de manera directa el mandato constitucional, por lo que difícilmente podrán dejar de calificarse como un “obstáculo a la libre circulación”, aun cuando tengan carácter implícito⁶⁵².

⁶⁵⁰ STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ. 2.

⁶⁵¹ STC 88/1986, de 1 de julio, FJ. 6: “Por todo ello, para evaluar si la normativa impugnada vulnera o no los mandatos constitucionales pertinentes a la unidad de mercado, es necesario aplicar estos criterios acabados de exponer a las normas en cuestión, precisando su cobertura competencial, la intensidad de la diversidad que introducen, y su ordenación y proporcionalidad al fin que persiguen.”

⁶⁵² La opinión no es compartida por el profesor De la Quadra-Salcedo Janini, para quien las discriminaciones de carácter expreso habrían de reconducirse a la igualdad prevista en el artículo 139.1 de la Constitución. Por consiguiente, este apartado segundo quedaría reservado a lo que en el ámbito del control comunitario se denominaban “medidas indistintamente aplicables”. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, Ob. Cit., pp. 47. Aun compartiendo la utilidad que podría tener un enfoque de este tipo, lo cierto es que,

Pero, por otro lado, el *juicio de unidad* aplicado en sede constitucional también alcanzará a las medidas que, pese a ser indistintamente aplicables, provoquen en la práctica la mejor posición de un grupo de operadores respecto de sus competidores. Si en el grupo anterior de actuaciones lo relevante era la intención con que se llevaron a cabo, aquí lo serán sus efectos prácticos. De este modo, la distinción entre “incidencias” y “obstáculos” adquiere todo su significado, pues el manejo de una u otra categoría dependerá de la proporcionalidad que medie entre los efectos y el fin lícito que se pretende⁶⁵³. Sobre este extremo se volverá al analizar los criterios seguidos por el juez constitucional a la hora de proceder a dicha calificación.

4.2.3 ... sean estos de la misma o distinta Comunidad Autónoma.

Como último rasgo, la noción de obstáculo manejada por nuestro Tribunal Constitucional no requiere la presencia de un elemento interautonómico, sino que alcanza también a las situaciones desarrolladas íntegramente dentro del territorio de una Comunidad Autónoma. Si hay una diferencia notable entre nuestro sistema de garantías de la integridad del espacio económico y el propio de la Unión Europea, esta es, sin duda, la irrelevancia del alcance geográfico de la actuación a efectos de su calificación como obstáculo. No existe en nuestra jurisprudencia constitucional ninguna doctrina equiparable a aquella de las “situaciones puramente internas” característica del ámbito comunitario. Sea cual sea el alcance geográfico de sus efectos, la validez de la actuación dependerá del mismo criterio: su carácter proporcionado al fin legítimo que se persigue⁶⁵⁴.

como se vio, la jurisprudencia constitucional actual se ha mostrado favorable a otorgar un tratamiento uniforme a ambos apartados del artículo 139 de la Constitución.

⁶⁵³ STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ. 2: “... (la medida será un obstáculo) también en aquellos otros (casos) en los que las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas impliquen el surgimiento de obstáculos que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que aquéllas persiguen.”

⁶⁵⁴ STC 88/1986, de 1 de julio, FJ. 6: “La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: La regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto

No parece que puedan traerse a colación aquí aquellos motivos puramente formales –sobre la jurisdicción del Tribunal de Justicia– que aparecían en el ámbito comunitario. Antes bien, este rechazo a tomar únicamente la procedencia del bien o del sujeto afectado como criterio decisivo para apreciar la infracción del artículo 139 de la Constitución revela una elección: la de configurar éste no como una garantía de un espacio –el económico nacional–, sino de una actividad: la comercial o económica⁶⁵⁵. En efecto, a la hora de perfilar su noción de obstáculo, el juez constitucional se mueve dentro de unas líneas maestras similares a las previstas en el ordenamiento constitucional estadounidense. Como en éste, la unidad de mercado es vista como una especie de garantía del comercio en general –de una actividad– para la que resulta irrelevante el acceso al mercado autonómico. A pesar de su denominación, los “obstáculos a la libre circulación” no centran su atención en ésta, sino en la igualdad de condiciones para el ejercicio de los intercambios comerciales.

Lejos de resultar exagerada, esta lectura resulta plenamente coherente con la interpretación de los títulos competenciales estatales realizada por el Tribunal Constitucional. A la postre, lo que debía ser un problema de discriminación por razón del origen geográfico se convierte en un juicio de igualdad sustantiva entre regímenes normativos. Sobre este punto volveré más adelante, pero parece evidente que lo que debía conducir al manejo de un *juicio de unidad* en sentido estricto⁶⁵⁶, esto es, próximo al control de legalidad propio de los tribunales ordinarios, pasa a ser –nuevamente– un control normativo de naturaleza abstracta bajo la forma de un juicio clásico de proporcionalidad al que ahora se hará referencia.

4.3 El juicio constitucional de unidad: los parámetros de control

legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles.”

⁶⁵⁵ Con idéntico sentido crítico, el profesor De la Quadra-Salcedo Janini denuncia que la lectura efectuada en sede constitucional ha reformulado la protección frente a los “obstáculos al comercio interautonómico” contenida originariamente en el artículo 139.2 de la Constitución en otra frente a los “obstáculos al comercio en general”. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, Ob. Cit., pp. 46 y ss.

⁶⁵⁶ Vid. *Supra.*, Capítulo I, apartado 2.3, pp. 27 y ss.

Una vez identificadas las conductas susceptibles de control desde la lógica del artículo 139 de la Constitución, la exposición del *juicio de unidad* aplicado por el Tribunal Constitucional debe concluir con la identificación de los parámetros seguidos por éste para decidir sobre la validez de la actuación enjuiciada. A lo largo de la explicación anterior han ido haciéndose visibles algunos rasgos de éstos.

Así, conviene recordar que un cierto grado de diferencia entre los regímenes jurídicos sobre la actividad económica parece consustancial a la propia existencia del Estado de las Autonomías. Por consiguiente, el escrutinio aplicado por el juez constitucional habrá de tomar la forma de un juicio clásico de proporcionalidad que arranca de la presunción de validez de la actuación enjuiciada: la previsión de un régimen jurídico diverso para el ejercicio de la actividad económica en el seno de una Comunidad Autónoma no romperá el espacio económico español siempre que el mismo resulte proporcionado al fin legítimo que pretende y respete la igualdad básica de todos los españoles⁶⁵⁷.

Fuera de estos rasgos generales, el enfoque esencialmente competencial manejado por el Tribunal Constitucional ha provocado que nuestro *juicio de unidad* en sentido estricto no alcance –al menos en sede constitucional– un desarrollo técnico similar al acontecido en el seno de la Unión Europea en el sentido de distinguir diferentes modalidades de control en atención a las características de la medida enjuiciada. En su lugar, el juicio de proporcionalidad derivado del artículo 139 de la Constitución resulta esencialmente idéntico al manejado en otros ámbitos. Así, para que el Tribunal Constitucional declarar su validez es necesario superar tres controles sucesivos⁶⁵⁸: la medida debe ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto; no habrá de existir otra más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y finalmente, la medida habrá de resultar

⁶⁵⁷ En este sentido la citada STC 88/1986, de 1 de julio, FJ. 6. *Vid. Supra.*, Nota. 652.

⁶⁵⁸ Como en otros ámbitos donde se aplica el juicio de proporcionalidad, los controles que lo integran tienen carácter sucesivo, de manera que si la medida no supera uno de los mismos no es necesario seguir avanzando en el escrutinio. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, *Ob. Cit.*, p. 58.

proporcionada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto⁶⁵⁹.

4.3.1 El fin legítimo

El primer requisito para que una medida limitadora de la libre circulación no sea considerada un obstáculo es necesario que se apoye en un motivo digno de protección constitucional. Es evidente que el carácter único del espacio económico no supone un valor absoluto, sino que debe ceder frente a otros intereses constitucionalmente relevantes y, de manera especial, frente a la autonomía política. Sólo desde esta perspectiva se alcanza a comprender el significado pleno del artículo 139 de la Constitución: autorizar la intervención de los poderes públicos territoriales en el ámbito económico mediante la introducción de un régimen diverso del vigente en otras partes del territorio nacional con vistas a la satisfacción de otro tipo de intereses⁶⁶⁰.

Las dificultades pueden surgir, sin embargo, en relación con cuáles son esos intereses cuya protección justifica excepcionar un elemento capital del mercado como es la libre circulación económica. Precisamente por este motivo, los Tratados fundacionales de la Unión Europea incluyeron un elenco numerado de las razones que pueden justificar la adopción de medidas de esta índole⁶⁶¹. No ocurre así en el espacio económico español. En nuestro orden constitucional el legislador democrático –entendido de manera amplia– dispone de un amplísimo margen de decisión a la hora de definir los objetivos de su actuación, de manera que “la atribución constitucional al Parlamento de la competencia (...) para tomar las decisiones más importantes de la vida política implica necesariamente la atribución a este poder de la facultad de proponerse legítimamente cualquier fin, siempre y cuando no esté prohibido por la

⁶⁵⁹ STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ. 5.

⁶⁶⁰ STC 88/1986, de 1 de julio, FJ. 6.

⁶⁶¹ Artículo 36 TFUE: “Las disposiciones de los artículos 34 y 35 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.”

Constitución”⁶⁶². Dicho de otro modo, el escrutinio de la finalidad realizado por el juez constitucional habrá de ser necesariamente laxo.

Lejos de resultar sorprendente, dicha relajación en el control debe ser vista como una nueva consecuencia de la configuración que se ha venido exponiendo. En primer lugar porque la existencia de un catálogo concreto de circunstancias legitimadoras habría de llevar necesariamente a configurar escrutinios de intensidad variable que, como se vio, parecen haber sido rechazados por el Tribunal Constitucional. Pero, de modo principal, porque no puede ser irrelevante que con carácter previo a la aplicación del artículo 139 de la Constitución la actuación haya debido superar un juicio relativo a la titularidad competencial del órgano actuante o, incluso, un examen desde otros criterios constitucionales relativos a la realidad material sobre la que se proyecte (medio ambiente, protección de los consumidores, etc.). Así, deben presumirse válidos los obstáculos que tengan por objeto estimular el proceso de industrialización de una determinada región⁶⁶³; promocionar el uso de una lengua oficial⁶⁶⁴, proteger los derechos de los consumidores y vecinos de la zona⁶⁶⁵ o asegurar la celebración de un acontecimiento deportivo de primer orden como unos Juegos Olímpicos⁶⁶⁶. Pero también otros menos evidentes como la garantía de las condiciones de regularidad y licitud en que se desarrollan los juegos de azar⁶⁶⁷.

4.3.2 El carácter idóneo y necesario de la medida

Una vez comprobado que la medida no pretende la consecución de un fin prohibido constitucionalmente, el segundo control se centra en la necesidad e idoneidad de la medida para alcanzar aquél. Aunque parecidas en su significación, la referencia a la necesidad pone en relación la medida con el resultado que se espera alcanzar, mientras que la noción de idoneidad trae a la

⁶⁶² BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, 2003, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 694. En el mismo sentido, la STC 83/1984, de 24 de julio, FJ. 3.

⁶⁶³ STC, 64/1990, de 5 de abril.

⁶⁶⁴ STC 147/1996, de 19 de septiembre.

⁶⁶⁵ STC 227/1993, de 9 de julio.

⁶⁶⁶ ATC 86/1991, de 12 de marzo.

⁶⁶⁷ STC 52/1988, de 24 de marzo, FJ. 4.

mente la comparación entre dicha medida y otras alternativas igualmente posibles.

Como es lógico, el modo de proceder del Tribunal Constitucional en este tipo de controles admite una amplia variedad de intensidades que van desde la mera comprobación de que la medida elegida ofrece un grado mínimo de utilidad suficiente como para asegurar que la libertad de circulación no se sacrifica en vano, hasta el recurso al criterio de la sustituibilidad con la consiguiente propuesta de medidas alternativas por parte del juez constitucional⁶⁶⁸.

Pues bien, la escasa jurisprudencia constitucional sobre el artículo 139 parece rechazar cualquiera de estos extremos, sin que por ello se oculte la preferencia por permitir que los poderes públicos cuenten con un amplio margen de decisión. En concreto, un repaso a los pronunciamientos de este tipo pone de manifiesto la poca iniciativa del juez constitucional a la hora de tomar un papel activo en la propuesta de mejores medidas que las adoptadas por el legislador o la Administración. Ciertamente, no faltan asuntos en los que se incluye una referencia a otras medidas alternativas. Pero, a diferencia de lo que ocurría con relativa frecuencia en el control efectuado en el ámbito comunitario, tales medidas alternativas siempre parecen tener su origen en las alegaciones del demandante, a quien corresponde la labor suasoria sobre el carácter inidóneo o innecesario de la actuación⁶⁶⁹.

Consecuencia inmediata de lo anterior es que la capacidad de escrutinio

⁶⁶⁸ A favor de esta técnica para la resolución de este tipo de supuestos, ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomía política y unitat econòmica...*, Ob. Cit., p. 292 y ss.

⁶⁶⁹ La citada STC 66/1991, de 24 de abril, relativa a la comercialización de cangrejos de río vivos en el ámbito de una Comunidad Autónoma, ofrece un buen ejemplo de la aplicación del control sobre la idoneidad y necesidad. La Sentencia analiza si la prohibición de comerciar en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla y León con cangrejos de río de cualquier especie puede ser considerada un obstáculo prohibido por el artículo 139.2 de la Constitución. Sin proponer medidas alternativas, el Abogado del Estado sí aporta las razones por las que la actuación de la Junta de Castilla y León resultaría inidónea: la medida no diferencia entre especies de cangrejo y presume la existencia de una conexión entre el comercio de estos animales y su introducción en las aguas fluviales. El Tribunal Constitucional rechaza ambos argumentos en su Fundamento Jurídico 4. La medida favorece la consecución del indicado fin protector, pues limita la pesca de estos animales “ya de por sí escasos” y dificulta la introducción de ejemplares enfermos. En la misma línea, descarta la existencia de alternativas menos gravosas ya que la prohibición fue adoptada en un momento de especial intensidad del riesgo, complementa otra serie de medidas adoptadas por la Junta de Castilla y León y resulta previsible que sea paulatinamente por otras menos intensas una vez que desaparezca el riesgo.

que corresponde al Tribunal Constitucional resulta fuertemente restringida. Únicamente en dos circunstancias en las que el control sobre la necesidad e idoneidad terminará con la anulación de la medida enjuiciada: cuando ésta carezca absolutamente de idoneidad para contribuir a la obtención de su fin o cuando el demandante introduzca en el procedimiento una medida con al menos el mismo nivel de idoneidad y que restringe en menor medida la libre circulación⁶⁷⁰. Fuera de estos supuestos, no parece descabellado que si la superación del fuerte escrutinio acerca de la titularidad competencial justificaba que los poderes territoriales pudieran promover la consecución de cualquier interés público admitido en la Constitución, la misma circunstancia dé origen a una amplísima capacidad decisoria acerca del modo de alcanzar dicho objetivo.

4.3.3 La proporcionalidad en sentido estricto

Finalmente, el análisis de las medidas potencialmente lesivas de la libre circulación debe superar la ponderación que conlleva la aplicación del control de proporcionalidad en sentido estricto. Como es bien sabido, con arreglo al mismo, el beneficio obtenido de la aplicación de la norma impugnada habrá de ser superior a su coste en términos de libre tránsito de mercancías o servicios⁶⁷¹, con las dificultades propias de este tipo de enfoque.

Quizás sea este último punto el único donde la naturaleza de la unidad económica se hace sentir en la aplicación del juicio de proporcionalidad⁶⁷². Al cabo, el control de proporcionalidad derivado del artículo 139.2 de la Constitución se refiere a los efectos que la medida origina en el tráfico económico, y no a la actuación en sí misma. En efecto, “no se trata aquí de medir la necesaria adecuación y proporcionalidad que debe guardar la actuación pública en sí con el fin (legítimo) que persiga, sino de contrastar específicamente el efecto perturbador que cause la misma con tal finalidad”⁶⁷³. Como se ha insistido a lo largo del trabajo, el de unidad no es un juicio que

⁶⁷⁰ BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad...*, Ob. Cit., pp. 722 y 752, respectivamente.

⁶⁷¹ CIDONCHA MARTÍN, Antonio: *La libertad de Empresa*, Ob. Cit., p. 325.

⁶⁷² En este sentido, VIVER PI I SUNYER, Carles: <<La libertad de circulación...>>, Ob. Cit., p. 62.

⁶⁷³ ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomia política y unitat econòmica...*, Ob. Cit., p. 291.

pueda realizarse en abstracto, sino que versa sobre los efectos prácticos en el ejercicio de la actividad comercial.

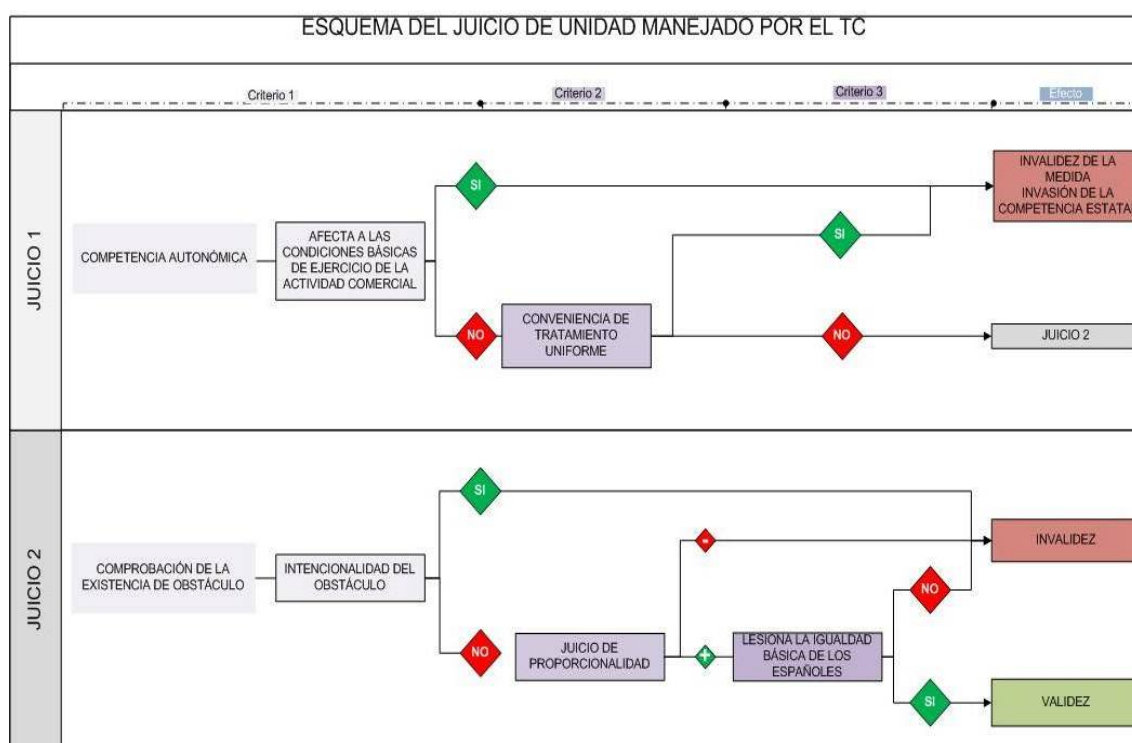
En este escenario, no puede sorprender que la jurisprudencia constitucional haya venido manejando hasta la fecha un juicio mutilado de proporcionalidad que no incluye este último examen. E, incluso, no faltan autores que sostienen la inadecuación de cualquier órgano jurisdiccional para decidir sobre este tipo de cuestiones, de naturaleza esencialmente política⁶⁷⁴. Sin llegar a esta conclusión de máximos, creo que las características tanto de la justicia constitucional como de los problemas relativos a la integridad del espacio económico conducen a afirmar que el Tribunal Constitucional no es el órgano idóneo para un juicio de este tipo. Al menos así parece haberlo reconocido el propio juez constitucional en diversos pronunciamientos⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, *Ob. Cit.*, p. 60.

⁶⁷⁵ STC 88/1986, de 22 de julio, FJ.5: “Y en relación a la incidencia real en la práctica mercantil de las regulaciones y sanciones administrativas, hay que precisar que se trata de una cuestión de hecho de difícil apreciación para este Tribunal, que no podría pronunciarse en términos generales y abstractos sobre el complejo tema de si una sanción o requisito administrativo puede suponer en la práctica una regulación de actividades mercantiles, de carácter esencial y definidor de las mismas, por lo que resulta preciso remitirse, caso por caso, a la proporcionalidad de la restricción administrativa que se introduce y el objetivo que persigue”

En el mismo sentido, la STC 37/1981, de 16 de noviembre. El Tribunal Constitucional descarta la aplicación el artículo 139 a una norma la obligación de dar publicidad, a través de un determinado servicio público, de las ofertas de contrato realizadas por las agencias de transporte en el territorio del País Vasco. La indeterminación de los términos en que se encuentra redactada la norma “abre quizá la posibilidad de que la aplicación concreta del precepto pueda dar lugar a disposiciones o actos contrarios a la Constitución, pero el vicio de inconstitucionalidad de esos actos o disposiciones no deriva necesariamente del contenido (...) de la Ley impugnada”.

En fin, como ya se ha indicado en otras partes del trabajo, el *juicio de unidad* en sentido estricto no constituye un razonamiento puramente normativo, sino otro más próximo a la aplicación de la norma. De ahí que el juicio de proporcionalidad en sede constitucional deba finalizar en el escrutinio sobre la idoneidad y necesidad de la actuación: superados todos los filtros jurídico-constitucionales que se ha ido detallando, la posible fragmentación del mercado español no debe imputarse a la medida aisladamente considerada, sino, en su caso, a la regularidad y oportunidad de los actos de ejecución de la misma, cuyo escrutinio corresponde a la jurisdicción ordinaria. Cuestión distinta, a la que habrá de referirse en las siguientes páginas, es que el control de la integridad del espacio económico propio de la jurisdicción constitucional deba resultar acompañado de un *juicio de unidad* en sentido estricto aplicable



por los tribunales ordinarios.

En síntesis, las páginas anteriores ponen de manifiesto la vigencia en nuestro ordenamiento de un *juicio de unidad* incipiente que desconoce la distinción entre el control basado en la titularidad competencial y el propio fundado en el ejercicio. La lectura del juez constitucional ha provocado un

solapamiento entre los límites contenidos en los artículos 149.1.1ª y 139 de la Constitución, convirtiendo la eventual fragmentación del espacio económico en un juicio abstracto sobre el grado de identidad de los regímenes jurídicos estatal y autonómico: el grado de uniformidad exigido aparece definido en cada momento por el legislador estatal o el juez constitucional, de tal forma que cualquier disposición autonómica que se aparte del mismo habrá de probar su carácter razonable y proporcionado al fin perseguido.

Por todo lo visto, creo que no es exagerado concluir que en el ordenamiento español el control de las medidas potencialmente lesivas de la unidad de mercado descansa sobre la aplicación de un juicio clásico sobre la titularidad de la competencia. La interpretación efectuada del artículo 149.1.1ª de la Constitución supone un filtro jurídico en el que se quedarán la mayor parte de las actuaciones autonómicas que se proyecten sobre un ámbito material que el legislador estatal considere adecuado regular de manera uniforme, bien mediante la aprobación de una regulación expresa, bien de forma tácita porque la conducta de aquél permita al Tribunal Constitucional alcanzar esa conclusión. Fuera de estos casos, la validez de las actuaciones autonómicas depende de la superación de juicio de proporcionalidad clásico que puede resultar útil para la remoción de los obstáculos directamente previstos en la norma enjuiciada, pero al que escapan aquellos derivados de la aplicación práctica de la misma.

5. Los rasgos propios del control en sede constitucional

El modo de proceder del Tribunal Constitucional en los asuntos relativos a la integridad del espacio económico nacional pone de manifiesto una tendencia a excluir del ámbito autonómico de decisión las materias especialmente sensibles para la integridad del mercado nacional, confiriendo al Estado un rol como garante de la unidad a la altura de la misma. Una opción que, como se ha venido repitiendo a lo largo de estas páginas, supone convertir las lesiones potenciales de la libre circulación de personas y bienes

en una invasión de la competencia estatal, privando de aplicación al artículo 139 de la Constitución.

Pero dejando de lado esta valoración general, creo que resulta interesante destacar cuáles son, según mi criterio, los rasgos característicos del control efectuado en sede constitucional. Vaya por delante que para no repetir las explicaciones anteriores, me referiré únicamente al *juicio de unidad* entendido en sentido estricto, esto es, al escrutinio que debería derivar de la lectura del artículo 139 de la Constitución. También que su rasgo más significativo, la escasa aplicación práctica de este artículo a resultados de la hipertrofia del control competencial, ya ha sido suficientemente referido en las páginas anteriores, por lo que ahora me remito a las mismas. Me referiré, pues, a los otros dos rasgos definitorios del *juicio de unidad* desarrollado en la jurisprudencia constitucional: su objetivo y las medidas susceptibles de control.

Por último, haré alusión a una consecuencia que, aunque puramente hipotética, resulta plenamente coherente con la lectura efectuada por el Tribunal Constitucional: la condición potestativa del espacio económico nacional. Confío en que al hacerlo queden más claras las dificultades derivadas del modo de proceder del juez constitucional.

5.1 El bien jurídico protegido: un control que garantiza una actividad, no un espacio

Pese a no resultar evidente, creo que una de las consecuencias más destacadas de la configuración efectuada por el Tribunal Constitucional consiste en la alteración del bien jurídico protegido en el artículo 139 de la Constitución. A mi parecer, la negativa del Tribunal Constitucional a tomar únicamente como referencia la procedencia del bien o del sujeto afectado como criterio decisivo provoca un cambio tácito en la propia finalidad de aquel artículo. Va de suyo que el problema de discriminación por razón del origen geográfico en que debía consistir el *juicio de unidad* se torna imposible desde el mismo momento en que el juez constitucional prescinde de cualquier elemento interautonómico y se limita a exigir que la comparación entre los

regímenes jurídicos aplicables no arroje diferencias desproporcionadas. El *juicio de unidad* desarrollado por el Tribunal Constitucional carece de una perspectiva espacial.

La explicación sobre la importancia de esta cuestión se entenderá mejor si la centro en un aspecto concreto como es el concepto de “obstáculo a la libre circulación”. Pues bien, la noción española no resulta equiparable en modo alguno a la mantenida en por juez comunitario. Éste mantiene una caracterización estricta de los obstáculos de la que resulta que únicamente podrán ser calificadas como tales aquellas actuaciones que lesionen la libre circulación intercomunitaria, esto es, el acceso a cualquiera de los restantes mercados nacionales⁶⁷⁶. Pero para el juez constitucional la cuestión del acceso al mercado –autonómico– de referencia resulta irrelevante, hasta el punto de entrar a conocer de los asuntos en que ambos operadores ya están dentro del mismo. Lo importante para el Tribunal Constitucional, insisto una vez más, es que tales sujetos puedan operar en condiciones semejantes, esto es, la existencia de una relativa uniformidad en su régimen jurídico de actuación⁶⁷⁷. Se alcanza a ver así, con una nueva claridad, que la función del artículo 139 de la Constitución en este modo de proceder no puede ser la de proteger un

⁶⁷⁶ Siguiendo esta línea, entre la doctrina española no han faltado autores que consideran que el juicio constitucional de unidad pasa necesariamente por acoger una interpretación de este tipo. ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomia política y unitat econòmica...*, *Ob. Cit.*, p. 284; CIDONCHA MARTÍN, Antonio: <<La unidad económica antes...>>, *Ob. Cit.*, p. 9; y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, *Ob. Cit.*, p. 45.

Esta posición supondría que el artículo 139.2 de la Constitución requiere un sesgo proteccionista –ya sea éste expreso o tácito– en el sentido de situar en peor situación a los empresarios procedentes de otras partes del territorio nacional. Por su parte, las limitaciones que puedan producirse en el seno de una Comunidad Autónoma quedarían protegidas por el derecho a la libertad de empresa contenido en el artículo 38 de la Constitución, del que se deriva una protección genérica de la libre circulación económica. CIDONCHA MARTÍN, Antonio: <<La unidad económica antes...>>, *Ob. Cit.*, p. 9. Aunque el autor no lo indica, parece evidente que la protección general de la libre circulación también podría articularse a través del artículo 139.1 de la Constitución.

⁶⁷⁷ Así ocurrió en la STC 32/1983, de 28 de abril, relativa a fijación de requisitos sanitarios de los alimentos, servicios o productos directa o indirectamente relacionados con el uso y el consumo humanos. El Tribunal Constitucional hizo uso del artículo 149.1.1ª de la Constitución para justificar su rechazo a la competencia autonómica bajo el argumento de que tal posibilidad “admitiría tácitamente que lo que legalmente fuera dañino para unos españoles no lo sería, sin embargo, para otros” (FJ. 3). La decisión impone un régimen uniforme de las condiciones de dichos bienes que no admite modulaciones autonómicas fundadas en la promoción de otros intereses igualmente legítimos como podría ser, por ejemplo, la recuperación de técnicas tradicionales para la elaboración de productos alimenticios típicos de la región.

espacio, sino una actividad –la económica– cuyo ejercicio debe ser esencialmente igual en todo el territorio nacional.

Ciertamente, podría argumentarse que la ausencia de un control sobre las situaciones puramente internas conforma una de las señas de identidad propias de un modelo de control, el comunitario, especialmente referido al acceso al mercado de competencia. Sin embargo, los escenarios no son comparables. La doctrina del Tribunal de Justicia sobre las situaciones puramente internas tiene su origen en una cuestión puramente formal –la consabida falta de jurisdicción de aquél dada su naturaleza internacional– fácilmente corregible mediante la remisión de los asuntos de este tipo a los órganos judiciales nacionales. Pero el juez constitucional resulta plenamente competente para conocer de los mismos. Es más, ha sido él mismo quien ha rechazado expresamente que aquella doctrina pueda tener cabida en nuestra jurisprudencia constitucional, según se apuntó más arriba⁶⁷⁸. La aproximación entre los artículos 139 y 149.1.1ª no es una consecuencia necesaria del propio texto de la Constitución, sino el resultado de un determinado modo de entender la unidad, excluyendo del ámbito autonómico de decisión las materias especialmente sensibles para la integridad del espacio económico nacional y confiriendo al Estado un rol de garante a la altura de la misma.

5.2 Un juicio incompleto: las medidas susceptibles de control

Por si el rasgo descrito no fuera suficiente, el *juicio de unidad* definido por el Tribunal Constitucional presenta una segunda característica, relacionada con el tipo de medidas susceptibles de control. Para comprender el alcance de la misma, conviene no perder de vista que los rasgos propios del *juicio de unidad* tal como se vieron al comienzo del trabajo, hacen de éste un procedimiento más próximo al control de legalidad –y, en concreto, a la contencioso-administrativa– que al propio del juicio de constitucionalidad⁶⁷⁹.

Este carácter incompleto del *juicio de unidad* al que ahora me referiré resultaba inédito en los restantes modelos estudiados. En los sistemas

⁶⁷⁸ Vid. *Supra.*, Epígrafe 4.1.

⁶⁷⁹ Vid. *Supra.*, Capítulo I, apartado 2.3, pp. 27 y ss.

estadounidense y comunitario la naturaleza de la actuación potencialmente lesiva de la libre circulación resulta irrelevante a efectos de determinar el juez competente. El Tribunal Supremo o el propio de Justicia de la Unión Europea, según el caso, podrá conocer del asunto tanto si la amenaza de fractura está contenida en una ley, en una disposición normativa de rango inferior o en un acto de aplicación de la norma. Más aún, podrá desempeñar su función de control cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la adopción de la medida, pudiendo centrarse específicamente en sus efectos.

Ninguna de estas circunstancias está presentes en el modelo constitucional español. El Tribunal Constitucional español circunscribe su labor de control al examen de la constitucionalidad y no de la legalidad⁶⁸⁰ y lo hace dentro de los plazos temporales previstos por su ley reguladora para la interposición del recurso pertinente⁶⁸¹. En otras palabras, el sistema de justicia constitucional concentrada presenta como corolario una especialidad que no se hallaba presente en los otros modelos de *juicio de unidad* analizados: la aplicación del *juicio de unidad* en sede constitucional toma la forma de un control abstracto. La consecuencia de todo esto resulta clave para el *juicio de unidad*, pues, incluso en el caso de que el juez constitucional abandonase su perspectiva competencial, la aplicación del artículo 139 de la Constitución en sede constitucional vendría condicionada tanto por el carácter sustantivo de la medida enjuiciada⁶⁸², que habrá de contenerse en una norma con rango de ley, como por el lapso temporal transcurrido desde la aprobación de ésta.

Con estos trazos el *juicio de unidad* en sede constitucional queda fuertemente limitado. En ningún caso el juez constitucional podrá valorar los siguientes riesgos para la integridad del espacio económico nacional:

- a) Los contenidos en una disposición de rango legal una vez superado el plazo de tres meses previsto para la interposición de un recurso de inconstitucionalidad⁶⁸³.

⁶⁸⁰ STC 54/1982, de 26 de julio, FJ. 7.

⁶⁸¹ Ídem, Título II: "De los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad".

⁶⁸² STC 102/1985, de 4 de octubre. FJ. 2.

⁶⁸³ Queda a salvo, no obstante, la posibilidad de interponer una cuestión de inconstitucionalidad siempre que se cumplan los consabidos requisitos de aplicabilidad y pertinencia de la Ley

- b) Los incluidos en normas de carácter reglamentario, con independencia del órgano de procedencia, la importancia de sus efectos disgregadores o el plazo transcurrido desde su aprobación.
- c) Los derivados de un acto de aplicación normativa, aun cuando el defecto resulte una consecuencia directa de la disposición que los sirve de fundamento.

Ciertamente, este tipo de dificultades estructurales no resultan predicables únicamente de la integridad del espacio económico nacional, sino que tienen un carácter general. Pero no puede desconocerse que sus efectos perniciosos se acentúan cuando se insertan en la interpretación efectuada por el juez constitucional. De atender únicamente a la noción de “obstáculo a la libre circulación” manejada por la jurisprudencia constitucional, el *juicio de unidad* parecería tener una aplicación general, alcanzando a cualquier actuación procedente de un poder público territorial que busque o tenga por efecto la mejor posición de un grupo de empresarios respecto sus competidores, sean estos de la misma o distinta Comunidad Autónoma. Pero lo cierto es que, por más que esta idea material de lo que constituye un obstáculo sea muy amplia, al final las posibilidades de aplicar el *juicio de unidad* en sede constitucional quedan reducidas al extremo. En unos casos, se deberá a circunstancias ajenas a la voluntad del juez constitucional, como ocurre con las limitaciones inherentes a nuestro modelo de justicia constitucional concentrada. Pero en otros el efecto restrictivo tendrá su origen en la postura mantenida por el Tribunal Constitucional. Así, la mutación del parámetro de control en una comparación entre los regímenes normativos aplicables termina por provocar que este juicio sólo pueda ser aplicado a un supuesto específico de obstáculos: los derivados de la creación o duplicación innecesaria de los requerimientos vigentes en el ordenamiento estatal por parte de una norma con rango de ley, siempre que la amenaza haya sido detectada en plazo para la interposición del correspondiente recurso de inconstitucionalidad o, en caso contrario, siempre

impugnada previstos en el artículo 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sea como fuere, esta vía quizás permita solucionar el problema de la perentoriedad con que las consecuencias lesivas deben hacerse evidentes, pero en ningún caso ofrece respuesta a las limitaciones derivadas del rango necesariamente legal del instrumento que contiene dicha medida.

que el juez ordinario acceda a elevar el asunto a través de una cuestión de constitucionalidad.

Fuera de estos casos, las restantes amenazas para la integridad del espacio económico nacional carecen de acceso al control efectuado en sede constitucional, fuera del excepcional recurso al Título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁶⁸⁴. De ahí la importancia del procedimiento específico de garantía ante el juez ordinario introducido por la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, al que luego haré referencia.

5.3 Un juicio mejorable desde el punto de vista técnico

Las causas anteriores tienen como resultado que el *juicio de unidad* en sentido estricto presente una configuración procesal que fácilmente puede tildarse de deficiente. A pesar de conocer la diferencia entre obstáculos “directos” e “indirectos” a la libre circulación, nuestro Tribunal Constitucional no ha profundizado en las intensidades de control ésta permite.

En efecto, por más que pueda parecer razonable, nuestro juez constitucional nunca ha realizado una declaración en el sentido de someter a un escrutinio más intenso aquellas disposiciones cuya finalidad no es otra que la definición de un régimen jurídico más favorable para un grupo concreto de operadores. El tratamiento de éstas resulta formalmente idéntico al conferido a los obstáculos derivados de la falta de proporcionalidad en los efectos. No me refiero únicamente a la presunción de invalidez e inversión de la carga de la prueba que acompaña a las medidas directamente obstaculizadoras en otros

⁶⁸⁴ De conformidad con el mismo, el Gobierno puede impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas sin fuerza de Ley procedentes de una Comunidad Autónoma dentro del plazo de los dos meses siguientes a su adaptación. En su interpretación de este procedimiento, la STC 64/1990, de 5 de abril, vino a apuntar que este procedimiento es adecuado para la tramitación de asuntos que “no consistiendo en la infracción del orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y, las Comunidades Autónomas, no podría(n) ser, en razón del rango infralegal de la disposición o resolución impugnada, eficazmente denunciado a través del recurso de inconstitucionalidad (...), ni se avendría(n) tampoco, en razón del objeto de la pretensión deducida, a los límites del conflicto positivo de competencia” (FJ. 1).

Ciertamente, esta vía procesal permite ampliar parcialmente el número de asuntos con acceso al *juicio de unidad* aplicado en sede constitucional. Pero lo cierto es que ni ha encontrado, en la práctica, una utilidad clara evidente, ni, aunque lo hiciera, permitiría solucionar el problema por completo dado que la LOTC no prevé su empleo por parte de las Comunidades Autónomas.

ordenamientos. La jurisprudencia constitucional acerca del artículo 139 de la Constitución ni siquiera exige que las medidas directamente obstaculizadoras vengan justificadas en un elenco limitado de causas o que, al menos, requieran un plus de motivación⁶⁸⁵.

Quizá el mejor ejemplo sobre el limitado grado de desarrollo de nuestro *juicio de unidad* lo constituya la STC 66/1991, de 24 de abril. En la misma se enjuiciaba una disposición castellanoleonesa que prohibía la venta de cangrejos vivos de río de cualquier especie dentro del territorio de esa Comunidad Autónoma, por lo que no es difícil imaginar que la impugnación efectuada por el Estado insistía en que una decisión de este tipo obstaculiza la libre circulación de mercancías en tanto que impide el tráfico económico de aquél producto dentro del territorio autonómico, y, por ende, provoca una fragmentación del espacio económico nacional.

De haberse producido en el ámbito comunitario, la disposición habría sido calificada como una “medida reguladora del acceso de los productos”, con el consiguiente rigor en el escrutinio sobre su validez. Así, el órgano judicial habría de proceder a comprobar que la disposición pretende satisfacer alguno de los intereses públicos expresamente previstos en el artículo 36 del Tratado de Funcionamiento o en la jurisprudencia sobre el mismo; que es adecuada para tal fin y, sobre todo, que no da lugar a unas consecuencias prácticas gravosas en exceso para los operadores foráneos⁶⁸⁶. Con bastante probabilidad, este modo de proceder hubiera conducido a un fallo esencialmente idéntico al ofrecido por el Tribunal Constitucional, pero es interesante revisar el procedimiento manejado por éste.

A grandes rasgos, el juez constitucional plantea el asunto en los siguientes términos: la Comunidad Autónoma ha ejercido una competencia indiscutida de un modo tal que, al hacerlo, ha operado un cierre de su mercado a un producto específico: los cangrejos vivos de río. El problema de la disposición no radica, por tanto, en la existencia de un eventual vicio de incompetencia, sino en el modo en que aquélla afecta no solamente a la libre

⁶⁸⁵ En este sentido la STC 52/1988, de 24 de marzo.

⁶⁸⁶ *Vid. Supra.*, pp. 175 y ss.

circulación en todo el territorio nacional, sino también a la libertad de empresa y el derecho de propiedad por cuanto restringe determinadas facultades ligadas a los mismos⁶⁸⁷. En este escenario, el procedimiento a seguir por el juez constitucional resulta sobradamente conocido: “(E)s preciso efectuar un juicio de proporcionalidad, en el que, además del objetivo que la establecerla (la medida) se persigue y comprobando la legitimidad constitucional del mismo, se verifique también la relación de causalidad y necesidad que con él debe guardar la prohibición en cuanto medio ordenado para hacerlo posible”⁶⁸⁸. A partir de aquí el razonamiento no presenta sobresaltos: la prohibición es adecuada para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo – “protección de los ecosistemas”– y proporcionada por cuanto se adopta en un momento en que la amenaza que trata de combatirse se encuentra acentuada y, principalmente, porque “lejos de un intento deliberadamente obstaculizador de la libre circulación de este bien por todo el territorio nacional, el propósito (es el) de contraer al máximo el alcance de la prohibición que se establece, procurando que sólo la circulación que traiga causa de los actos de comercio localizados en el ámbito territorial de Castilla y León quede afectada”⁶⁸⁹. Si se analiza con calma, se apreciarán al menos dos diferencias entre el modo de proceder de nuestro Tribunal Constitucional y el juicio desarrollado en sede comunitaria.

Quizás la más destacada sea la relativa a la posición que tanto la finalidad, como los efectos de la medida sobre el tráfico económico ocupan dentro del esquema procesal empleado por el Tribunal Constitucional. Lejos de su utilidad como elementos definitorios de la aplicación de un determinado procedimiento, el control efectuado en sede constitucional los emplea como auténticos parámetros de decisión.

Para el Tribunal de Justicia la intencionalidad sirve como criterio para seleccionar el procedimiento a aplicar. Así, la simple intuición de que la conducta puede ocultar una intención proteccionista conlleva el juicio más riguroso posible: la medida se presume inválida a expensas de que el

⁶⁸⁷ FJ. 2.

⁶⁸⁸ *Ibidem*.

⁶⁸⁹ FJ. 3.

demandado pruebe su proporcionalidad⁶⁹⁰. No ocurre así en el caso del Tribunal Constitucional, para el que la intencionalidad es uno de los criterios del propio *juicio de unidad*. La medida será inválida si se considera que busca obstaculizar la libre circulación, sin que por ello se emplee un procedimiento específico, ni se exija siquiera un plus de motivación al demandado. Fuera de su eficacia para decidir sobre la validez de la medida, la intencionalidad carece de efectos procesales⁶⁹¹.

Y el mismo carácter irrelevante puede predicarse de los efectos prácticos de la medida enjuiciada. Lógicamente, cualquier comentario que se efectúe sobre el modo en que el Tribunal de Justicia hubiera resuelto este asunto supone un simple ejercicio hipotético. Pero viendo la preferencia del juez comunitario por conocer la situación concreta parece difícil imaginar que hubiera hecho suya la respuesta del Tribunal Constitucional a la alegación del demandante acerca de la incidencia de la medida en operaciones comerciales conectadas. Ésta apenas mereció una valoración genérica –(es) prácticamente

⁶⁹⁰ *Vid. Supra.*, p. 175.

⁶⁹¹ Esta irrelevancia dentro de la estructura de control seguida por el Tribunal Constitucional posiblemente tenga su origen en el hecho de que el carácter intencionado de la actuación parece estar más próximo al principio de solidaridad que al específico control de unidad de mercado. Aunque eventualmente puedan aparecer de manera conjunta, uno y otro principio conforman elementos distintos, según refleja la STC 64/1990, de 5 de abril. La Sentencia resuelve la impugnación de un decreto del gobierno gallego por el que se establecían ayudas de fomento y promoción del traslado de industrias a esta Comunidad Autónoma. Se discute si esta medida no resulta lesiva de la libre circulación de personas y bienes por el territorio español y la solidaridad de entre las diferentes nacionalidades y regiones. Ambos criterios se aplican de manera separada. Tras reiterar expresamente la estructura de su *juicio de unidad*, el Tribunal Constitucional efectúa un juicio de proporcionalidad del que concluye la inexistencia de un obstáculo a la libre circulación. La subvención persigue un fin legítimo y se limita a cubrir el gasto en determinados bienes que origine el traslado, de modo que no fragmenta el mercado nacional (FJ. 1). Este mismo argumento descarta la eventual infracción del principio de solidaridad, pues el limitado alcance de la ayuda “podrá influir (...) en el mejor de los casos, en la elección empresarial de Galicia como destino del traslado, pero no en la decisión misma de desplazar geográficamente el establecimiento industrial” (FJ. 8).

En otras palabras, mientras la integridad del espacio económico conforma un límite al ejercicio de las competencias territoriales, la solidaridad opera como un criterio-guía para el ejercicio de las competencias propias por parte de todos los poderes públicos especialmente el Estado, a los que “requiere que, en el ejercicio de sus competencias, se abstengan de adoptar decisiones o realizar actos que perjudiquen o perturben el interés general y tengan, por el contrario, en cuenta la comunidad de intereses que las vincula entre sí que no puede resultar disgregada o menoscabada a consecuencia de una gestión insolidaria de los propios intereses. (STC 34/1990, de 5 de abril, FJ. 7)”. En esta misma línea, RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: *Los límites constitucionales...*, *Ob. Cit.*, p. 182.

Precisamente por ello, la intencionalidad devendría un elemento neutro para la existencia del mercado nacional, por cuanto únicamente en supuestos extremos puede considerarse que una medida insolidaria suponga, además, una fragmentación del mercado nacional.

inevitable dadas las características actuales del mercado”⁶⁹²— seguida del recordatorio de una jurisprudencia extraordinariamente imprecisa: “la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencia más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación”⁶⁹³. Cómo contrasta este modo de proceder con el esfuerzo del juez comunitario por conocer la estructura del mercado de referencia o, al menos, por aplicar un juicio de sustituibilidad de la medida que tenga en cuenta la posible eficacia de alternativas menos gravosas para la libre circulación⁶⁹⁴.

5.4 Un juicio confuso: la aparente voluntariedad del espacio económico nacional

En otras partes del trabajo he tenido ocasión de señalar cómo la ausencia de una declaración constitucional expresa sobre la unidad del espacio económico nacional carecía de cualquier tipo de consecuencias desde el punto de vista jurídico. La práctica comunidad académica coincide en este punto. Sin embargo, hace unos años el profesor De La Quadra-Salcedo Janini publicó un trabajo que, separándose de la posición mayoritaria, sostenía que la Constitución de 1978 no impone en modo alguno la existencia de un mercado nacional, sino que se limita a promover su configuración a través de la reserva al poder público estatal de los instrumentos necesarios para este fin⁶⁹⁵. En tanto que el texto constitucional no hace una declaración expresa, el espacio económico español sería un resultado deseable, pero no necesario.

Ciertamente, esta tesis encuentra numerosas dificultades⁶⁹⁶. Pese a no ser la única, quizás la más evidente sea la de su fundamentación

⁶⁹² FJ. 2.

⁶⁹³ STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ. 1.

⁶⁹⁴ *Vid. Supra.*, Notas 498 y ss.

⁶⁹⁵ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, *Ob. Cit.*, p. 100.

⁶⁹⁶ Aparte de la citada, la posición defendida por el profesor De La Quadra-Salcedo encuentra, al menos, dos dificultades más. De una parte, no ofrece respuesta al momento en que se hubiera producido la desaparición del espacio económico nacional previamente existente. En esta línea, parece claro que el tránsito de un modelo unitario hacia una estructura territorialmente compleja introdujo en nuestra historia constitucional el problema de fondo a que se refiere este trabajo —la tensión entre la unidad económica y la autonomía política— con la consiguiente reserva al legislador estatal de “aquellas competencias que atañen a

extremadamente normativa, que lleva a desligar la realidad jurídica de la vertiente cultural y social que debe servirle de fundamento⁶⁹⁷. No alcanzo a ver el modo en que pueda defenderse que un Estado con la antigüedad y tradición centralista del español haya podido desarrollarse sin la existencia de un espacio económico unitario. Máxime cuando los esfuerzos para la unificación económica, desarrollados especialmente durante el período liberal, resultan sobradamente conocidos⁶⁹⁸. En otras palabras, el texto constitucional de 1978 no nace en el vacío, sino en el seno de un Estado muy viejo que creó un mercado nacional a principios del siglo XIX con el liberalismo, de manera que su raigambre en la cultura política española habría impedido que dicho mercado nacional pudiera verse afectado por el proceso descentralizador iniciado con la aprobación del nuevo texto constitucional⁶⁹⁹. Más que favorecer la creación de un espacio económico a partir de la nada, la realidad histórica española parece sugerir que el camino se transitó a la inversa: la existencia efectiva de un espacio económico nacional en el momento de aprobación de la

determinados aspectos del orden económico y de su unidad”, para evitar que el reparto económico “conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores” (STC 1/1982, de FJ. 1). Todo ello sin olvidar que aun cuando la Constitución no impusiera la existencia de un espacio económico nacional, la igualdad de derechos de los españoles –propiedad, libertad de empresa, etc.– negaría en todo caso la creación de mercados autonómicos al margen de unas premisas mínimas fijadas por el legislador estatal. En este sentido, ARAGÓN REYES, Manuel: <<Prólogo>>, en DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, Ob. Cit., pp. XIV y ss.

Por otra parte, bajo la tesis señalada no encuentra fácil acomodo con la afirmación del juez constitucional en el sentido de que la unidad económica no es un límite a los poderes autonómicos, sino a la actuación de cualquier poder público, sea cual sea su alcance territorial (por todas, la STC 96/2002, de 25 de abril, FJ. 11). Como ya he apuntado en otras ocasiones, parece claro que los principales riesgos para la integridad del espacio económico procederán de las actuaciones autonómicas, pero sería erróneo hacer de esta circunstancia la regla general. La integridad económica puede ser lesionada tanto por un único poder territorial que otorgase un trato discriminatorio a ciertos operadores económicos, como por cualquier de los existentes serlo en un modelo de descentralización política.

⁶⁹⁷ En este sentido, HESSE, Konrad: *Escritos...*, Ob. Cit., pp. 3 y ss.

⁶⁹⁸ Sobre esta cuestión, GARCÍA VITORIA, Ignacio: *La libertad de empresa...*, Ob. Cit., Capítulo I.

⁶⁹⁹ En la misma línea, ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomía política y unitat económica...*, Ob. Cit., p. 256. De manera más amplia, Ruiz-Rico Ruiz apunta su “convicción de que el constituyente quiso poner freno por anticipado a la posible manipulación del principio dispositivo autonómico y evitar así la creación de status diferenciales o privilegiados entre ciudadanos de unas y otras Autonomías”. RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: *Los límites constitucionales...*, Ob. Cit., p. 119.

Constitución de 1978 habría operado como un límite al diseño territorial previsto en ésta⁷⁰⁰.

Sea como fuere, el interés del trabajo realizado por el trabajo del profesor De la Quadra-Salcedo es máximo si se atiende al método seguido. Su título contiene una lectura completa y coherente de la jurisprudencia constitucional desarrollada a lo largo de las últimas décadas. Lo que es tanto como decir que realiza un diagnóstico de los problemas inherentes a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional. Así, es fácil comprobar cómo la posición del Estado como garante de la unidad económica difumina – de modo similar a la cláusula de comercio norteamericana– la frontera entre lo que habría de considerarse un problema relativo a la integridad del espacio económico o una materia propia de la dirección de la política económica que indudablemente corresponde al legislador estatal. El resultado es bien conocido: “(e)l grado de equilibrio entre autonomía y unidad no se encontraría fijado en la Constitución, ni siquiera en el bloque de la constitucionalidad, sino que sería variable en el tiempo. La determinación, en cada momento histórico, de cuánta unidad (o de cuánta autonomía) es necesaria no debiera ser una determinación jurídica sino política (...) que debía corresponderle hacer a las Cortes Generales y no a un órgano jurisdiccional”⁷⁰¹, ni siquiera al Tribunal Constitucional.

Pero si el trabajo muestra las posibles consecuencias de llevar al extremo la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, también hace lo propio con sus soluciones. Así, el autor aboga por recuperar el principio de prevalencia previsto en el artículo 149.3 de la Constitución en tanto que alternativa menos gravosa para evitar que la armonía entre los títulos transversales de referencia para el legislador estatal –previstos en los números 1 y 13 del artículo 149.1 de la Constitución– y las competencias legítimas de

⁷⁰⁰ En idéntico sentido, CIDONCHA MARTÍN, Antonio: <<La unidad económica antes...>>, *Ob. Cit.*, p. 5.

⁷⁰¹ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único...*, *Ob. Cit.*, p. 219.

las Comunidades Autónomas pase necesariamente por la continua reinterpretación de las materias competenciales⁷⁰².

Sin lugar a dudas, la propuesta soluciona el problema técnico en absoluto desdeñable como es la inseguridad jurídica derivada de la actual jurisprudencia competencial, pero lo hace, a mi juicio, a costa de favorecer aún más el papel del Estado como garante de la unidad. La inaplicación normativa que deriva del principio de prevalencia sólo puede tener sentido cuando las disposiciones en conflicto no sólo sean válidas desde la perspectiva de la titularidad competencial, sino también desde la propia de su ejercicio. De lo contrario, la unidad económica corre el riesgo de convertirse en un principio constitucional absoluto desde el que puede dejarse sin efecto el reparto competencial a través de la generalización de la regla de la prevalencia⁷⁰³. Por este motivo, en contraposición a ese enfoque, este trabajo apuesta por el control jurisdiccional de la integridad del espacio económico, por más que éste sea complejo y aun deba ser compartido entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios. Ante el mismo problema de ineficiencia del control basado en la titularidad competencial, se propone una respuesta distinta: redescubrir el artículo 139 de la Constitución, devolviendo a la unidad de mercado su condición de juicio de discriminación por razón del territorio susceptible de aplicación por los tribunales.

El primer paso en esta línea ha consistido en comprobar cómo, aun cuando la interpretación efectuada variase, la jurisdicción constitucional encuentra serias limitaciones a la hora de aplicar el *juicio de unidad*. Por consiguiente, es preciso pasar a analizar cuál es el escrutinio efectuado por los tribunales ordinarios de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que es

⁷⁰² Sin entrar en mayores detalles, el autor critica la insistencia del Tribunal Constitucional en resolver este tipo de conflictos a través de la delimitación de competencias, provocando “una jurisprudencia muy casuística de la que difícilmente es posible extraer una lógica clara”. A su juicio, este modo de proceder requeriría una distribución competencial perfecta que no existe en el modelo español y que habría de permitir que alguna de las normas en conflicto pudiera reputarse inválida. Dado que el conflicto se produce entre normas igualmente válidas la única solución posible para el autor pasa por aplicar el principio de prevalencia. *Ídem.*, pp. 174 y ss.

⁷⁰³ En este sentido, AJA FERNÁNDEZ, Eliseo, *et. al.*: *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 126.

tanto como referirse al desarrollo que del artículo 139 de la Constitución ha realizado la Ley para la Garantía de la Unidad de Mercado.

6. Panorámica general: la integridad del espacio económico nacional en sede constitucional

Es un lugar común en la comunidad jurídica el considerar que la garantía de la integridad del citado espacio consta de “dos supuestos irreductibles: la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio nacional, que ninguna autoridad puede obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1 CE), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone”⁷⁰⁴.

Ahora bien, la identificación de las reglas no ha servido para articular un juicio claro sobre la unidad de mercado en sede constitucional. Con carácter general, los asuntos relativos a la integridad del espacio económico han sido resueltos desde la óptica de los derechos económicos constitucionalmente garantizados o desde una perspectiva competencial que se ha centrado exclusivamente en la cuestión de la titularidad, sin atender a los efectos prácticos de la medida enjuiciada. En atención a esta última, el Tribunal Constitucional parece haber identificado esta integridad con el título previsto en el artículo 149.1.1ª de la Constitución, relativo a la igualdad básica en las condiciones de ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, lo que remite a un sistema de control basado –directa o indirectamente– en los derechos económicos. No existe una fiscalización construida sobre el espacio económico en sí, sino que ésta depende por entero de lo que en cada momento se consideren “condiciones básicas de ejercicio de la actividad

⁷⁰⁴ STC 64/1990, de 5 de abril, FJ. 3.

económica”. Situación que se ve dificultada, además, por la escasa claridad respecto de la distribución de competencias en materia de política económica, donde el artículo 149.1.13ª de la Constitución atribuye a los órganos estatales “la definición de las líneas de actuación tendientes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial (...), así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos”⁷⁰⁵.

Extrapolado al ámbito procesal, la afirmación anterior conlleva que sean escasos los supuestos en los que el juez constitucional ha aplicado el artículo 139.2 de la Constitución, y que –aún en los mismos– resulte inédita la utilización de un juicio concreto ligado a hechos y actos que tenga en cuenta los efectos prácticos de la medida de manera similar a la que resulta habitual en la práctica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁰⁶. *En la discusión del quién, el Tribunal Constitucional ha dejado de lado la importancia del cómo.* Antes al contrario, la instantánea obtenida recuerda inevitablemente a la situación acontecida en Estados Unidos tras el *New Deal*, con un Congreso federal extraordinariamente fuerte y unos Estados –con competencias importantes en otros ámbitos– mermados en su capacidad de decisión económica.

No deja de resultar contradictorio que la situación que allí dio origen a un intenso debate sobre la muerte del sistema federal, sea generalmente percibida en nuestro país como un exceso de autonomía. Pero, cuestiones culturales al margen, el problema de fondo se resume en una pregunta aparentemente sencilla: ¿cómo entendemos la forma territorial prevista en la Constitución? ¿Es un sistema en el que cada instancia de poder puede promulgar las políticas que elija mientras no rompa la unidad económica, o un modelo avanzado de descentralización administrativa en el que las autonomías básicamente implementan políticas nacionales uniformes?

⁷⁰⁵ STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ. 2. Por lo demás, la intensidad de la competencia estatal no es una excepcionalidad de nuestro modelo, sino que resulta común a la mayor parte de sistemas descentralizados a partir del crecimiento de la intervención pública en la economía durante el primer tercio del siglo XX. Sobre esta cuestión, ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomía política y unitat económica...*, Ob. Cit., p. 19.

⁷⁰⁶ Sobre esta cuestión, Vid. *Supra.*, Capítulo I, Epígrafe 2.2.

Ante esta diferencia de márgenes tan estrechos definida por el juez constitucional, el desarrollo del control en sede legislativa sólo parece encontrar dos vías de actuación no necesariamente excluyentes. O bien se articulan mecanismos de participación que aseguren a las Comunidades Autónomas una posición efectiva en el funcionamiento de un sistema competencial esencialmente concurrente; o se avanza en la configuración de un sistema de control de las medidas potencialmente lesivas para la integridad del espacio económico que tenga en cuenta el ejercicio –y no tanto la titularidad– de las competencias propias.

7. La integridad del espacio económico nacional en la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado

Durante un buen número de décadas, las cuestiones relativas a la integridad del espacio económico nacional parecían agotarse en las disposiciones previstas a nivel constitucional. Sin lugar a dudas, la práctica imposibilidad de que los particulares planteen en sede constitucional las dificultades de este tipo suponía un menoscabo para el desarrollo del control jurisdiccional. Desprovisto del protagonismo de los particulares que resulta propio de los modelos estadounidense y comunitario, el sistema español de garantías parecía reservar la cuestión de la integridad del espacio económico nacional a la pugna entre poderes públicos territoriales.

Como es lógico, la falta de visibilidad de los particulares no suponía en modo alguno la inexistencia de asuntos de esta naturaleza. Las quejas de los operadores económicos a resultas de los obstáculos derivados de la acumulación de regulaciones aplicables dictadas desde todas las instancias territoriales resulta sobradamente conocidas⁷⁰⁷. Es seguro que la jurisprudencia contencioso-administrativa resulta rica en pronunciamientos relativos a la impugnación de regulaciones reglamentarias de toda índole cuyo origen se encuentra precisamente en el menoscabo de la libre circulación. Sin embargo,

⁷⁰⁷ En este sentido, MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Informe sobre España...*, Ob. Cit., p. 193.

la inexistencia de un modelo sistematizado hace imposible cualquier estimación cuantitativa sobre la que justificar el grado de integración de nuestro espacio económico. A falta de datos estadísticos, parece que en España se ha ido fraguando una sensación, un consenso cuanto menos opinable: el espacio económico nacional se encuentra fragmentado y urge su reconstrucción⁷⁰⁸.

Esta es la premisa de la que surge una de las leyes más controvertidas de la presente Legislatura: la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado⁷⁰⁹ (en adelante, LGUM). Un texto que, a pesar de su carácter reciente, reclama un lugar destacado en este trabajo aunque solamente fuera porque se trata de la primera Ley específicamente referida a la integridad del espacio económico en nuestra historia constitucional. Quizás sea precisamente esta originalidad la principal –que no única– causa de la polémica que suscitó su aprobación y que, en su vertiente procesal, ha terminado con la interposición de cuatro recursos de inconstitucionalidad⁷¹⁰, pendientes aún de resolución, fundados en lo esencial en el carácter centrípeto de la LGUM, cuya aplicación habrá de provocar un vaciamiento *de facto* de las competencias autonómicas.

Puede que al adentrarse en un supuesto aparentemente virgen como éste, el legislador estatal haya evidenciado sin proponérselo lo incoherente de nuestra situación. Al cabo, ¿cómo se explica que un espacio económico tradicionalmente unitario y dotado de la amplísima competencia estatal sobre la economía definida por el juez constitucional dé lugar a la impresión de fragmentación que parece existir entre los ciudadanos? Y, en sentido contrario, ¿por qué motivo el control sobre el ejercicio previsto en la LGUM habría de

⁷⁰⁸ En este sentido, MUÑOZ MACHADO, Santiago: <<Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado>>, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 163, 2014, pp. 11 y 16.

⁷⁰⁹ En este sentido, el primer párrafo del Preámbulo de la LGUM: Con el fin de hacer efectivo el principio de unidad de mercado, en las últimas décadas se han llevado a cabo importantes esfuerzos. Sin embargo, y a pesar de las medidas adoptadas, la fragmentación subsiste en el mercado español, lo que se traduce en un elevado coste que dificulta de forma considerable la actividad de las empresas. La necesidad de eliminar este coste así como los obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación ha sido una de las principales demandas que los operadores económicos han venido trasladando en los últimos años.”

⁷¹⁰ Han interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado las siguientes instituciones: Parlamento de Cataluña (recurso 1397/2014); Gobierno de Cataluña (Recurso 1411/2014); Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (recurso 1454/2014); y Gobierno de Canarias (recurso 5437/2014)

resultar un elemento potencialmente más centralizador que el actual juicio basado en la titularidad de la competencia?

A mi juicio, la respuesta a ambas preguntas pasa por situar el *juicio de unidad* en sentido estricto en sus justos términos. Y ése es el mérito de la LGUM que interesa tratar en las páginas siguientes. No pretendo realizar un análisis global de la regulación. Pasaré sin detenerme por algunos de sus problemas relativos al sistema de reparto competencial que han dado lugar a críticas sobre la “dudosa necesidad y utilidad”⁷¹¹ de la LGUM, cuando no a considerar algunas de sus técnicas como irracionales⁷¹², o, incluso, como “un absurdo jurídico”⁷¹³.

En su lugar, me interesa detenerme en el análisis de la aportación de la nueva Ley para la conformación del *juicio de unidad* en sentido estricto. Y desde esta perspectiva, el éxito de la LGUM dependerá, a mi juicio, de su capacidad para servir como trabazón entre los sistemas español y comunitario de garantía del espacio económico. Precisamente por esto comenzaré por referirme a su conexión con los principios y reglas vigentes en el ordenamiento comunitario.

Finalizada esta referencia, pasaré a exponer, de manera relativamente sintética, las técnicas manejadas por el legislador estatal para lograr la aproximación de las regulaciones relativas a la actividad económica. Espero que la misma sirva para poner de relieve los motivos por los que, a mi juicio, el sistema de garantía que propone la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no resulta adecuado para la actual configuración del Estado de las Autonomías.

Por último, concluiré con la revisión de los mecanismos administrativos y, principalmente, jurisdiccionales de control. Es aquí donde radica el éxito o el fracaso de la LGUM como nexo de unión. Por este motivo, me detendré en los

⁷¹¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago: <Sobre el restablecimiento legal...>, *Ob. Cit.*, p. 3.

⁷¹² Así, para el profesor Tornos Mas, la LGUM “permitirá imponer una uniformidad de facto a través de la generalización de la aplicación de la norma menos intervencionista, lo que a nuestro entender no sólo es inconstitucional, sino además irracional”. TORNOS MAS, Joaquín: <<La Ley 20/2013 de 9 de diciembre...>>, *Ob. Cit.*, p. 155.

⁷¹³ En este sentido, el voto particular concurrente de Enrique Alonso García al Dictamen del Consejo de Estado sobre la Ley para la Garantía de la Unidad de Mercado de 26 de junio de 2013.

cauces procesales previstos en la LGUM para facilitar el acceso de los particulares al control jurisdiccional sobre la integridad del espacio económico. Pero especialmente en la noción de obstáculo y los criterios que habrán de manejar los tribunales de lo contencioso-administrativo en la aplicación del mismo.

8. La Ley para la Garantía de la Unidad de Mercado: cuestiones preliminares

Antes de comenzar con el análisis sustantivo de la nueva regulación puede ser adecuado responder a una serie de preguntas generales que permitan fijar el punto de partida del mismo. Al cabo, la LGUM es la primera regulación directamente orientada a la ordenación del espacio económico nacional desde la aprobación del texto constitucional de 1978. No en vano, por más que sea novedosa, la nueva Ley no surge del vacío, sino que para sus contenidos parten –por decisión del legislador estatal– de la experiencia propia de la construcción del mercado interior⁷¹⁴, a lo que se suma su obligada coherencia con lectura que de la integridad del espacio económico nacional ha venido realizando el Tribunal Constitucional.

A resultas de lo anterior, en este apartado señalaré los rasgos básicos de estas relaciones. Pero también fijaré la posición del trabajo con relación a las numerosas críticas recibidas por la LGUM. Con esto no pretendo más que aclarar el alcance de la valoración positiva de la regulación que podrá apreciarse en las páginas siguientes, de manera que ésta no debe entenderse referida a todos los contenidos de la LGUM, sino únicamente a sus aspectos más directamente relacionados con el objeto de estudio. El hecho de que la nueva regulación resulte deficiente en un número significativo de aspectos no

⁷¹⁴ La influencia comunitaria es admitida en la Exposición de motivos: “En la elaboración de esta ley se ha tenido en cuenta la experiencia recabada durante el proceso de transposición de la (...) conocida como “Directiva de servicios” (...). Asimismo, se ha tenido en cuenta la profusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los principios básicos establecidos en esta Ley.”

obsta para apreciar su potencial utilidad para definir un *juicio de unidad* en sentido estricto.

8.1 La relación con el ordenamiento comunitario: un rompecabezas normativo

El primer rasgo destacable de la LGUM es que se trata de un texto complejo. Dado su carácter técnico, era de esperar que su lectura fuera dificultosa, pero quizás lo sea más de lo necesario. Y precisamente uno de los principales motivos de esta complejidad radica en su relación con el ordenamiento comunitario y, en concreto, con la Directiva de Servicios. Sencillamente, el sistema de control desarrollado en la LGUM no se entiende sin acudir a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de *Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, -en adelante, Ley paraguas-, cuyos contenidos resultan complementarios.

No resulta sencillo precisar la relación entre ambos textos. Cabría pensar que se trata de la propia de género y especie, pues la de prestación de servicios sólo es una de las cuatro libertades que integran la unidad del espacio económico. Al margen de lo sorprendente de que la LGUM construya su régimen general sobre la experiencia de una sólo a de las libertades económicas, desde el punto de vista de su relación, el ámbito de aplicación de la nueva Ley desborda al propio de la Ley paraguas, alcanzando a los servicios expresamente excluidos de ésta. Lo lógico sería pensar, por tanto, que la LGUM define un régimen general sobre el que se admite uno de tipo especial previsto para los servicios previstos en la Ley paraguas.

Pero lo cierto es que la eficacia derogatoria de la LGUM permanece sin solución. El nuevo texto incluye una cláusula de “derogación tácita” que habría de eliminar cualquier norma anterior que resulte incompatible, incluida la propia de la prestación de servicios. Dada la simetría –que no identidad– de sus niveles de protección, no está claro qué aspectos de la Ley paraguas pueden verse alcanzados por la Disposición Derogatoria. Parece improbable que la voluntad del legislador haya sido la de operar la derogación parcial de la Ley

paraguas, a la que se refiere en diversas ocasiones a lo largo del articulado. Pero precisamente por este motivo hubiera sido deseable que realizase un esfuerzo clarificador incluyendo cuando menos una tabla de derogación expresa al uso de lo que viene ocurriendo en el ordenamiento comunitario, o algún mecanismo análogo que simplificase las superposiciones entre ambas leyes. Al no hacerlo, ha propiciado unas nada deseables dosis de inseguridad jurídica que pueden poner en entredicho la eficacia de la LGUM. No en balde, la consecución del efecto económico deseado no depende tanto de los operadores jurídicos, como de la confianza que sea capaz de generar entre quienes desarrollan una actividad económica⁷¹⁵.

8.2 El concepto fragmentario de unidad de mercado en la nueva Ley

Fuera de su conexión con el ámbito comunitario, una de las principales novedades de la recién aprobada LGUM es la incorporación de una definición de “unidad de mercado”, o integridad del espacio económico nacional. Hasta la fecha el ordenamiento jurídico español ha carecido de una referencia normativa sobre su alcance más allá de la exigua fórmula contenida en el artículo 139 de la Constitución, por más que esta carencia fuese tempranamente mitigada por la interpretación del Tribunal Constitucional al señalar que la unidad de mercado requiere “al menos (...) la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica”⁷¹⁶.

Bajo el nuevo texto, la integridad del espacio económico resulta fundada “en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica”. Comparando ésta con la descripción efectuada en sede constitucional, resulta llamativo que la LGUM excluya de su ámbito aplicativo dos libertades

⁷¹⁵ La importancia de que la aplicación de las normas se efectúe dentro de los parámetros de la seguridad jurídica puede verse en MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Informe sobre España...*, Ob. Cít., p. 197.

⁷¹⁶ STC 88/1986, de 1 de julio, FJ. 6

económicas clásicas como son el tránsito de capitales y la circulación de trabajadores. No deja de resultar incongruente –incluso gramaticalmente– que una Ley que aspira a garantizar la integridad de un espacio, deje fuera de la definición del mismo buena parte de sus elementos esenciales, pero lo cierto es que ninguna de las libertades apuntadas parece que pueda tener cabida en la noción de actividad económica manejada en el texto, identificada en lo esencial con la producción o comercialización de bienes y servicios por cuenta propia⁷¹⁷.

Ciertamente, la disparidad entre ambas definiciones tiene una importancia práctica bastante limitada. Los contenidos básicos de la libre circulación de capitales o personas –circulación por todo el territorio nacional y prohibición de discriminación en el empleo por razón de origen– están ya plenamente asegurados en el ordenamiento español bajo la forma de derechos fundamentales por los artículos 14 y 17 CE⁷¹⁸. Quizás no sea descabellado interpretar el carácter fragmentario de la noción manejada en la LGUM como la identificación de los ámbitos en los que la aparición de las Comunidades Autónomas ha traído consigo un mayor grado de heterogeneidad a juicio del legislador.

Tampoco parecen apreciarse dificultades para sostener la validez de esta previsión legal, pese a su manifiesta falta de correspondencia con la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional. Resulta sobradamente conocido que en el ordenamiento constitucional español no es factible que el legislador defina categorías constitucionales⁷¹⁹, como es la propia de la

⁷¹⁷ Según detalla el anexo incorporado a la LGUM, tiene la consideración de actividad económica: “cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios.”

⁷¹⁸ Muy probablemente, el único punto de fricción en relación con la libre circulación de trabajadores hayan sido los casos puntuales relativos a la exigencia de requisitos lingüísticos para el ejercicio de la función pública en algunas Comunidades Autónomas con más de una lengua oficial. En todo caso, este tipo de supuestos se han planteado como una posible fragmentación del espacio económico, sino desde la perspectiva del derecho de los ciudadanos de las mismas a dirigirse a la Administración en la lengua oficial de su preferencia. Un resumen de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este asunto puede verse en la reciente STC Baleares, FJ. 4.

⁷¹⁹ En sentido opuesto, destaca la postura minoritaria defendida recientemente por el profesor Viver Pi-Sunyer. Para este autor la interpretación vigente de los efectos vinculantes de la

integridad del espacio económico nacional. No en balde, la STC 31/2010, de 28 de junio, fue rotunda en el sentido de negar que –incluso– un Estatuto de Autonomía, en este caso el catalán, pueda “hacer las veces de poder constituyente prorrogado o sobrevenido, formalizando uno entre los varios sentidos que pueda admitir una categoría constitucional”⁷²⁰. El juez constitucional debe disfrutar de un margen adecuado que le permita adaptar lo dispuesto en la ley a la realidad existente en cada momento. De no ser así, la intensa fuerza vinculante que nuestro ordenamiento atribuye tanto a los fallos como a la doctrina contenida en las sentencias constitucionales quedaría en entredicho⁷²¹.

En suma, nadie discute que hubiera sido deseable que la LGUM tomase la lectura efectuada en sede constitucional y sistematizase de manera conjunta las cuatro libertades económicas. Sin lugar a dudas, el silencio parcial de la LGUM origina dificultades prácticas, especialmente en la consabida seguridad jurídica requerida para que la economía funcione de manera adecuada. Pero, aun siendo importante, este problema resulta, a mi juicio, menor, en

jurisprudencia constitucional “se basa (...) en una concepción desorbitada de la posición constitucional del Tribunal Constitucional y de su carácter de intérprete supremo de la Constitución –que le lleva a autoconcebirse como poder constituyente prorrogado e intérprete “único e indiscutible” de la Constitución” (p. 42). Frente a ello, defiende la legitimidad de que el legislador se aparte de la doctrina constitucional siempre que cumpla el doble requisito de justificar su actuación en “la necesidad de adaptar el ordenamiento a los cambios sociales o jurídicos o la existencia de una discrepancia jurídica entre el legislador y la doctrina constitucional” y “aportar los argumentos que avalen jurídicamente (...) la legitimidad jurídica del apartamiento respecto de la doctrina constitucional vigente” (pp. 32 y 33). VIVER PI I SUNYER, Carles: <<Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?>>, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 97, 2013, pp. 13–44.

La tesis es original, pero acaso resulte contraria a la caracterización del Tribunal Constitucional como intérprete supremo, por más que ésta no aparezca expresamente prevista en la Constitución. Y, sin embargo, el razonamiento expuesto parece inconciliable con las más mínimas exigencias de seguridad jurídica, pues sitúa al legislador democrático en una posición cercana al control de sus propias normas, una suerte de poder incontrolable. Y todo para alcanzar –me temo– un resultado exiguuo, pues no parece claro que refuerce el margen de decisión autonómica. La Constitución de 1978 es clara en cuanto a la suspensión de las disposiciones autonómicas impugnadas por el Gobierno de la Nación, por lo que la Ley de abrogación de la jurisprudencia previa difícilmente encontrará aplicación práctica. Parece, en fin, que el cambio propuesto sólo contribuirá a significar aún más la desigual posición del legislador autonómico frente a su homólogo estatal.

⁷²⁰ FJ. 57. Previamente, el Tribunal Constitucional había denunciado esta situación indebida del legislador en la STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ. 7.

⁷²¹ Sobre esta cuestión, GARCÍA ROCA, Javier: <<El intérprete supremo de la constitución abierta y la función bilateral de los estatutos: o la insoportable levedad del poder de reforma constitucional>>, en *Revista catalana de dret públic*, Núm. 43, 2011, pp. 103 y ss.

comparación con una de las características más llamativas de la LGUM: la utilización de la libertad de prestación de servicios como régimen general para todas las actividades económicas. En efecto, a lo largo de su articulado, la nueva regulación entremezcla las referencias a las libertades sobre la prestación de servicios y la circulación de mercancías. El riesgo último es que en este trasunto terminen aplicándose a ésta técnicas y modos de razonar que no le son propios, pero es evidente que, incluso fuera de tales casos, la opción legislativa escogida amenaza con provocar un excesivo protagonismo judicial para resolver cuestiones que hubieran podido ser fácilmente tratadas en sede legislativa, lo que a la postre podría redundar –una vez más– en la confianza de los operadores económicos y con ésta en la eficacia de la nueva regulación. Es inevitable pensar que la volatilidad del funcionamiento económico hubiera hecho deseable un mayor esfuerzo integrador.

8.3 Excurso: el riesgo de un criticismo excesivo

Finalmente, antes de comenzar con la exposición del nuevo sistema propuesto por la Ley de Unidad de Mercado me parece oportuno dedicar unas líneas a puntualizar la posición de este trabajo respecto de la misma. En términos generales, este texto ha concitado una importante opinión contraria. De la LGUM se ha dicho que es de “dudosa necesidad y utilidad”⁷²²; que algunas de las técnicas que propone son irracionales⁷²³, o, incluso, “un absurdo jurídico”⁷²⁴. Más aún, no ha faltado quien ha puesto en duda que la finalidad del texto sea la garantía de la unidad de mercado y no la liberalización de la actividad económica⁷²⁵. El origen de todas estas críticas parece estar en la decisión del legislador estatal de definir un modelo basado en la libre iniciativa económica y sus consecuencias para el ejercicio de las competencias autonómicas.

⁷²² MUÑOZ MACHADO, Santiago: <Sobre el restablecimiento legal...>, *Ob. Cit.*, p. 3.

⁷²³ TORNOS MAS, Joaquín: <<La Ley 20/2013 de 9 de diciembre...>>, *Ob. Cit.*, p. 155.

⁷²⁴ En este sentido, el voto particular concurrente de Enrique Alonso García al Dictamen del Consejo de Estado sobre la Ley para la Garantía de la Unidad de Mercado de 26 de junio de 2013.

⁷²⁵ REBOLLO PUIG, Manuel: <<La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. En especial, los principios de necesidad y de eficacia nacional y su repercusión sobre las Comunidades Autónomas>>, en AJA FERNÁNDEZ, Eliseo; GARCÍA ROCA, Javier; y MONTILLA MARTOS, José Antonio: *Informe Comunidades Autónomas...*, *Ob. Cit.*, p. 73.

Comenzando por el primero de estos aspectos, la práctica totalidad de las críticas vertidas sobre la LGUM coinciden en señalar que aspira a una uniformización del régimen de ejercicio de la actividad económica, imponiendo su desregulación⁷²⁶. Es difícil no coincidir en este punto. Desde la perspectiva del ejercicio de la potestad normativa, la respuesta legislativa a la fragmentación del espacio económico pasa por dos ideas constantes a lo largo de todo el articulado de la LGUM: intervención mínima y cooperación y confianza mutua entre los niveles de gobierno. *Para la nueva Ley, la libre circulación de servicios y mercancías debe estar poco regulada y de una forma tal que los actos de aplicación normativa tengan eficacia en cualquier parte del territorio español.*

Sea como fuere, a efectos de este trabajo lo relevante no es tanto apuntar el resultado como su causa. No es preciso discutir si tras el espíritu liberalizador de la LGUM se oculta una determinada concepción liberal de la política económica por parte del legislador estatal por la sencilla razón de que esta decisión surge del ejercicio válido de su competencia para definir el funcionamiento general de la economía y las condiciones básicas para el ejercicio de la actividad económica. Lo destacable, a mi juicio, es que aquél espíritu es una muestra más de la dinámica de nuestro modelo hacia la conversión de los problemas relativos a la integridad del espacio económico en una cuestión sobre el régimen jurídico de ejercicio de la actividad económica. El problema de fondo de la LGUM no es distinto que el propio de la jurisprudencia constitucional: pone el foco de atención en las condiciones de ejercicio de la libertad de empresa, olvidando que la unidad de mercado queda desvirtuada si no se tiene presente su naturaleza esencialmente espacial.

El legislador estatal es claro a la hora de identificar el elevado número de regulaciones sobre el ejercicio de la actividad económica como uno de los

⁷²⁶ Cfr. los citados trabajos de REBOLLO PUIG, Manuel: <<La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado...>>, *Ob. Cit.*; y TORNOS MAS, Joaquín: <<La Ley 20/2013 de 9 de diciembre...>>, *Ob. Cit.* La cuestión también ocupa un lugar destacado tanto en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LGUM, como en los dictámenes jurídicos evacuados durante su tramitación. Sobre estos últimos, *Vid.* ROSINO CALLE, Roberto Carlos: <<Los dictámenes del Consejo de Estado...>>, *Ob. Cit.*, *Passim*.

problemas que han dado lugar a la aprobación de la LGUM⁷²⁷. Sin embargo, la percepción de que la hiperregulación fragmenta por sí misma la unidad de mercado sólo tiene sentido cuando existe –como en nuestro caso– una confusión entre ésta y el funcionamiento económico, pues la circulación económica puede garantizarse de igual manera con independencia de que la intensidad regulatoria sea mayor o menor⁷²⁸.

Como he apuntado en numerosas ocasiones a lo largo del texto, lo relevante a efectos de la integridad del espacio económico no es que todos los operadores dispongan del mismo régimen jurídico a efectos del ejercicio de su actividad, sino que la disparidad entre los mismos no llegue al extremo de situar a unos individuos en peor situación competitiva que otros. El problema de la integridad del espacio económico no se formula en términos de uniformidad de las condiciones, sino del grado máximo de disparidad que puede admitirse en éstas. Afrontar el problema desde la perspectiva de definir un régimen normativo ideal sea cual sea la actividad concreta que va a desarrollarse y su lugar de ejercicio resulta sencillamente ilusorio. Lejos de resultar coincidentes, la experiencia jurisprudencial comunitaria demuestra que la integridad del espacio económico es algo distinto del funcionamiento de la economía, hasta el punto que *un cierto margen de diversidad normativa* mejora el funcionamiento del mercado, pues *favorece la existencia un número mayor de opciones para los consumidores*⁷²⁹.

Desde esta perspectiva, no basta con señalar que la LGUM favorece la liberalización económica. Ésta no es una consecuencia de la integridad del espacio económico, sino una decisión perfectamente legítima desde el ejercicio

⁷²⁷ Preámbulo de la LGUM: “Con el fin de hacer efectivo el principio de unidad de mercado, en las últimas décadas se han llevado a cabo importantes esfuerzos. Sin embargo, y a pesar de las medidas adoptadas, la fragmentación subsiste en el mercado español, lo que se traduce en un elevado coste que dificulta de forma considerable la actividad de las empresas. *La necesidad de eliminar este coste así como los obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación ha sido una de las principales demandas que los operadores económicos han venido trasladando en los últimos años.*”

⁷²⁸ Así ocurre de manera clara con las mercancías reguladas –productos estancos, explosivos, gasóleo profesional y mercancías peligrosas– sujetas a condiciones de venta específicas pero iguales en todo el territorio nacional.

⁷²⁹ Aunque pueda resultar paradójica, la afirmación pudo comprobarse en el ámbito comunitario con ocasión de las denominadas “discriminaciones inversas” *Vid. Supra.*, Capítulo III, Apartado 5.4.

de la competencia estatal para la dirección de la política económica configurada por el juez constitucional⁷³⁰. De ahí que la verdadera cuestión sea si la LGUM impone esa liberalización –o un régimen normativo uniforme– con una eficacia tal que impide el ejercicio de las competencias propias de las Comunidades Autónomas. Si así fuera, va de suyo que el Tribunal Constitucional habría de declarar su invalidez.

Pues bien, a mi juicio, es cierto que la LGUM puede provocar unos efectos desregulatorios nada desdeñables. Pero no lo es menos que la norma carece de mecanismos efectivos para imponer este efecto. Como se verá más adelante, las garantías orientadas a la actividad de creación normativa pasan por la previsión de un sistema colaborativo de información recíproca a la hora de aprobar nuevas disposiciones que puedan afectar a la integridad del espacio económico nacional, así como por un marco institucional cuyo protagonismo está copado por las conferencias bilaterales. Quizás el enfoque resulte formalista en exceso, pero en este escenario parece imposible que el Estado imponga de manera unilateral su voluntad. El modelo resulta altamente voluntarista por la sencilla razón de que los gobiernos autonómicos disponen de los medios suficientes para hacer impensable cualquier vaciamiento de sus competencias. Cuestión distinta es que este rasgo deba apuntarse en el debe o en el haber de la LGUM.

Donde quizás aparezcan más dificultades es en relación con la incidencia que el régimen previsto en la LGUM pueda tener sobre el ejercicio de las competencias autonómicas. Como se verá, una de las novedades de la Ley consiste en condicionar las actuaciones directamente limitadoras del acceso y ejercicio de la actividad económica a la existencia de una razón imperiosa de interés general prevista en una disposición normativa: la LGUM o la Ley paraguas, principalmente. El mandato alcanza también al legislador autonómico, que no al estatal, como consecuencia del carácter básico de la

⁷³⁰ Sobre la confusa distinción entre “unidad económica”, “unidad de la política económica” y “unidad de mercado” *Vid. Supra.*, Capítulo I, Epígrafe 2. En sentido similar, por su claridad al respecto pueden destacarse las opiniones de ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomia política y unitat econòmica...*, *Ob. Cit.*, p. 35; y SÁINZ MORENO, Fernando: <<El principio de unidad del orden económico...>>, *Ob. Cit.*, pp. 246 y ss.

LGUM, por lo que éste ve limitada su capacidad de actuación⁷³¹. El riesgo está en que el manejo de esta técnica en un escenario de tendencia liberal como el previsto, termine por restringir en exceso la capacidad de decisión de las Comunidades Autónomas en ámbitos de su competencia, con la consiguiente desaparición del equilibrio entre los principios constitucionales unidad y autonomía.

A modo de síntesis, las páginas que siguen no pretenden ocultar las debilidades de la LGUM –que son numerosas y de primer orden– pero creo que merece la pena hacer un esfuerzo por destacar sus méritos. Y no cabe duda de que entre los mismos ocupa un lugar destacado la conformación de un *juicio de unidad* en sentido estricto. Por primera vez en décadas, nuestro ordenamiento no sólo cuenta con una definición clara de los que debe considerarse un obstáculo a la libre circulación, sino que se conoce a ciencia cierta cuáles son los órganos encargados del control: los jueces de lo contencioso-administrativo. La entrada en vigor del texto supone un reconocimiento solemne de que los problemas relativos a la integridad del espacio económico constituyen un tipo específico de juicio de legalidad y pone fin al carácter inaudito del artículo 139 CE⁷³². Más aún, la LGUM no oculta su proximidad a las garantías propias del espacio económico comunitario, por lo que, a la postre, la evolución de este modelo no solo debería acabar desplazando el control sobre la titularidad mantenido por el Tribunal Constitucional en estas décadas –y, por tanto, favoreciendo la comprensión del reparto competencial–, sino también aproximando nuestro sistema de garantías a la lógica jurisdiccional propia de la Unión Europea.

⁷³¹ En este sentido, REBOLLO PUIG, Manuel: <<La Ley de Garantía de la unidad de mercado...>>, *Ob. Cit.*, pp. 77 y ss.

⁷³² En esta línea, el profesor Tomás Ramón Fernández se ha mostrado muy crítico al apuntar que “nuestra jurisprudencia, constitucional y contencioso administrativa, no se tomó (...) tan en serio el artículo 38 (y 139) de la Constitución como realmente merecía y ha habido que esperar por ello a que el Tribunal Europeo de Justicia extrajera de las libertades básicas que el Tratado de la Comunidad consagra las conclusiones que era perfectamente deducir, si se hubiera puesto algún interés en ello, del citado precepto de nuestra Norma Fundamental”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: <<La larga marcha por la libertad de empresa>>, en VV.AA.: *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2009, p. 166.

Aclarada la posición –y comprensión– de este estudio sobre la LGUM, es momento de presentar la doble vía de actuación seguida por el legislador estatal para asegurar la integridad del espacio económico. Comenzaré por referirme a la estructura de cooperación vertical entre las Administraciones territoriales, llamada a permitir una aproximación normativa que impida la aparición de trabas a la libre circulación, al tiempo que se remueven los obstáculos ya existentes. Tras ésta pasaré a la exposición de los procedimientos específicamente orientados a la protección de tal espacio en sede administrativa y jurisdiccional y que vienen a completar el control normativo realizado en sede constitucional.

9. La integración positiva en la LGUM

Más arriba apunté que la LGUM tiene una marcada inspiración comunitaria, por lo que no puede extrañar que su texto ofrezca una doble vía de actuación como itinerario para llegar a la pretendida recuperación del espacio económico nacional. De una parte, la nueva ley fija las líneas maestras de un posible *juicio de unidad* en sentido estricto definido en parámetros muy similares a los manejados por el Tribunal de Justicia. Es fácil suponer que este aspecto centrará buena parte de las explicaciones ulteriores.

Pero de manera simultánea la LGUM aspira, de otra parte, a un cierto grado de armonización normativa que permita poner coto a los obstáculos a la libre circulación. Para ello ha fijado dos instrumentos complementarios. En primer lugar, el legislador nacional insta un proceso de revisión de la normativa vigente llamado a remover todos los obstáculos existentes a la libre circulación haciendo uso de un sistema de cooperación institucionalizada integrado por las Conferencias Sectoriales existentes, a las que se une un nuevo órgano: el Consejo de Unidad de Mercado. En segundo término, para las futuras regulaciones relativas al ejercicio de la actividad económica, la LGUM impone a todas las autoridades competentes la obligación de revisar periódicamente su normativa en términos de impacto sobre la unidad de mercado, al tiempo que

habilita un sistema de intercambio electrónico de todos los proyectos normativos que afecten de manera relevante a dicha unidad con vistas a que cualquier instancia territorial pueda aportar al proceso las valoraciones que estime convenientes⁷³³. Comenzaré por referirme a este último.

9.1 El sistema de información recíproca como alternativa a la armonización

Durante la fase de tramitación de la LGUM quedó claro que el sistema de información recíproca pretende dotar al nuevo modelo de garantías de un enfoque integrado, no exclusivamente depurativo y disuasorio de las restricciones a la unidad de mercado existentes, sino también prospectivo y disuasorio⁷³⁴. Otra cosa es si el mismo resulta a todas luces insuficiente para acercar las regulaciones sobre la actividad económica. No existe en la LGUM nada similar a la potestad de la Unión Europea para armonizar las regulaciones de los Estados miembros que dificulte la circulación económica, sino que ésta arranca del más básico de los deberes derivados de la cooperación constitucional, el de información. El legislador estatal ha optado por un modelo suave de aproximación normativa.

Quizás la suavidad del sistema sea únicamente una más de las consecuencias derivadas del carácter polémico de la Ley. Pero, en términos estrictamente jurídicos, cabe alguna duda razonable sobre si la opción legislativa aprobada no tiene aún reminiscencias de la vieja STC 76/1983, de 5 de agosto, sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA). Como es sobradamente conocido, el pronunciamiento del juez constitucional en este caso supuso que en la práctica el Estado haya renunciado a recurrir a una técnica constitucional –artículo 150.3 CE⁷³⁵– que

⁷³³ Se trata, como bien ha expuesto la Comisión Nacional de la Competencia, de “establecer un enfoque integrado, no exclusivamente depurativo y disuasorio de las restricciones a la unidad de mercado existentes, sino también prospectivo y disuasorio”. Informe 89/13, sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de Unidad de Mercado, p. 8.

⁷³⁴ Informe 89/13 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Anteproyecto de Ley de Garantía de Unidad de Mercado, p. 8.

⁷³⁵ Artículo 150.3 CE: El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general.

hubiera podido resultar útil a los efectos pretendidos por la LGUM. Sin lugar a dudas, esta postura requeriría un estudio específico que quedó descartado de antemano. Pero esto no quita que haya de presentar brevemente los motivos por los que entiendo que la aprobación de la LGUM no excluye por sí misma el eventual recurso a la armonización como técnica complementaria.

El esfuerzo de acercarse a la STC 76/1983 desprovisto de cualquier juicio previo puede acabar provocando la sensación de que el fallo ha sido malinterpretado y que las objeciones del Tribunal Constitucional iban dirigidas de forma más específica a la norma enjuiciada y no tanto a las leyes de armonización como categoría legislativa del Estado. En lo esencial, el fallo y la –escasa– doctrina científica subsiguiente avalan la utilización de esta técnica excepcional siempre que se cumplan dos requisitos esenciales⁷³⁶: la ausencia de una competencia estatal específica que permita regular de forma suficiente la materia; y la presencia de un interés general particularmente intenso que justifique la necesidad de la regulación. Junto a los mismos, parece persistir un debate sobre el momento –previo o no– de la armonización que resulta irrelevante para el caso que me ocupa, caracterizado precisamente por el exceso de regulación⁷³⁷.

A mi juicio, todos estos requisitos se cumplen en el caso de la integridad del espacio económico nacional. No parecen existir demasiadas dificultades para apreciar aquí la existencia un interés general de entidad suficiente como

Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad.

⁷³⁶ Por lo completo de su estudio y su relativa actualidad, resulta recomendable el trabajo de PASCUA MATEO, Fabio: <<Las leyes de armonización: esbozo de una construcción dogmática>>, en *Revista de Administración Pública*, Núm. 167, 2005, pp. 147 a 192.

⁷³⁷ En el momento de aprobación de la LOAPA, la mayoría de la doctrina se mostraba favorable al carácter preventivo de la armonización, exigiendo únicamente que la ley persiga “que exista una situación armónica en el sector jurídico objeto de este especial tipo de ley”. FUERTES SUÁREZ, José Luis: *El proyecto de Ley orgánica de armonización del proceso autonómico*, Instituto de estudios Económicos, Madrid, 1982, p. 10. Después de la STC 76/1983, esta postura ha sido defendida, entre otros, por VILLAR PALASÍ, José Luis y SUÑE LLINAS, Emilio: <<Artículo 150. Leyes marco, leyes orgánicas de transferencia o delegación y leyes de armonización>>, en Dir. Alzaga Villaamil, Óscar: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, 1999, Tomo XI, p. 347. Por su parte, Pascua Mateo matiza que la intervención estatal debe suceder a la autonómica, sin perjuicio de que pueda aprobarse una ley de armonización previa “no con carácter preventivo, sino como remedio a los perjuicios que puedan derivarse de una inactividad de todas o algunas de las Comunidades Autónomas”. PASCUA MATEO, Fabio: <<Las leyes de armonización...>>, *Ob. Cit.*, p. 164.

para legitimar una intervención armonizadora. La integridad del espacio económico no es un deseo derivado de la voluntad de las Cortes Generales, sino un principio de ordenación territorial del Estado que, además, encuentra un reconocimiento expreso en el contenido del artículo 139 de la Constitución⁷³⁸. Por este motivo, el rechazo –jurídico– a la posible promulgación de una ley de armonización habrá de estar fundamentado en la excepcionalidad de la técnica⁷³⁹. Con la jurisprudencia actual en la mano parece difícil negar la existencia de un título específico que habilite al Estado para regular la materia de manera suficiente. Aquí viene inmediatamente a la memoria la previsión del artículo 149.1.13ª CE sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y su conversión por el Tribunal Constitucional en una competencia genérica sobre la economía⁷⁴⁰. Entendida en sus términos actuales, la intensidad de esta competencia hace innecesario el recurso a las leyes de armonización, pues permite que el Estado intervenga de una forma más intensa⁷⁴¹. No se cumple el requisito del recurso a la armonización como *ultima ratio*, pero quizás convendría dedicar algún esfuerzo a comprobar la utilidad de esta técnica como vía para la clarificación de nuestro sistema competencial.

Precisamente en este punto es donde el recurso a la técnica de la armonización encuentra su fortaleza. Antes de excluir completamente la posibilidad de dictar una ley de armonización quizás debieran valorarse sus posibles efectos pacificadores para una jurisprudencia extraordinariamente conflictiva como consecuencia del enfoque manejado por el juez constitucional: un juicio sobre la titularidad que niega la capacidad de actuación de una de las

⁷³⁸ AJA FERNÁNDEZ, Eliseo y CARRERAS SERRA, Francesc: <<Carácter de las leyes de armonización>>, en *Revista de Derecho Político*, Núms. 18-19, 1983, p. 65.

⁷³⁹ STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ. 3: “Desde esta perspectiva, el art. 150.3 constituye una norma de cierre del sistema, aplicable sólo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general, pues en otro caso el interés que se pretende tutelar y que justificaría la utilización de la técnica armonizadora se confunde con el mismo interés general que ya fue tenido en cuenta por el poder constituyente al fijar el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Las Leyes de armonización vienen a complementar, no a suplantar, las demás previsiones constitucionales.”

⁷⁴⁰ El trabajo que con mayor detenimiento ha estudiado esta cuestión es CARRASCO DURÁN, Manuel: *El reparto de competencias...*, Ob. Cit.

⁷⁴¹ En este sentido, MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Informe sobre España...*, Ob. Cit., p. 199.

partes en conflicto, generalmente la autonómica. Frente a esto, el contenido de una ley estatal de armonización encuentra un límite infranqueable en el reparto competencial derivado del bloque de constitucionalidad, debiendo limitarse a establecer únicamente los principios que habrán de ser observados por la legislación autonómica subsiguiente⁷⁴². Los temores de que la armonización prive de competencias a las Comunidades Autónomas empiezan a ser infundados desde el momento que cualquier disposición que exceda de lo que racionalmente puede considerarse un “principio” sería inconstitucional.

Ciertamente, se podrá argumentar con razón que el término “principio” es un concepto jurídico indeterminado que no difiere demasiado del problema de la regulación estatal básica y que más arriba señalé precisamente esa indeterminación como una de las causas que han generado el actual sistema de garantía de la integridad del espacio económico. Sin negar todos estos aspectos, es preciso señalar que el potencial efecto reparador de la armonización no viene dado por el carácter más o menos concreto del parámetro de control, sino por la propia naturaleza del procedimiento. Las discusiones sobre el carácter básico o no de una materia terminan sobre un pronunciamiento acerca del ente titular y, en consecuencia, con la anulación de una de las normas en conflicto. Frente a ello, el incumplimiento de una ley de armonización presupone que la Comunidad Autónoma es competente para actuar, por lo que la discusión versará necesariamente sobre el ejercicio concreto realizado, sin prejuzgar otros futuros. Por más que pueda resultar paradójico, la armonización puede servir para proteger las competencias autonómicas frente a las potestades horizontales del Estado⁷⁴³. El control desde una ley de armonización es menos intenso que el propio de la competencia, pues ni impide la actuación autonómica pro futuro, ni supone necesariamente la anulación de la medida enjuiciada⁷⁴⁴.

⁷⁴² Por todos, AJA FERNÁNDEZ, Eliseo y CARRERAS SERRA, Francesc: <<Carácter de las leyes...>>, *Ob. Cit.*, p. 74.

⁷⁴³ PASCUA MATEO, Fabio: <<Las leyes de armonización...>>, *Ob. Cit.*, p. 166.

⁷⁴⁴ El rechazo al efecto derogatorio del incumplimiento de una Ley de armonización puede verse en *Ídem.*, p. 183. En todo caso, el mismo autor parece reconocer que la falta de utilización de esta técnica ha determinado que la cuestión siga sin estar resuelta y se hace eco de las posturas doctrinales contrarias.

Volviendo al tema de la aproximación normativa pretendida por la LGUM, si lo anterior es cierto, creo que no sólo hubiera sido posible, sino también deseable, promover este objetivo mediante una ley de armonización del espacio económico aprobada por las Cortes Generales, previa negociación con las instancias autonómicas⁷⁴⁵. Desde luego, aparece como una alternativa más atractiva que el sistema de información recíproca. En primer lugar, porque la nueva regulación no hace sino definir los principios que habrán de ser tenidos en cuenta para regular la libre circulación de servicios y mercancías así como prever los mecanismos procedimentales necesarios para alcanzar este fin. Pero también porque hubiera servido como vía intermedia entre una – hipotética– uniformización a través de leyes estatales y un modelo de cooperación institucionalizada que corre el riesgo de resultar extraordinariamente volitivo y en el que el Estado carece de instrumentos de presión con los que conseguir la aplicación de la LGUM. Precisamente a éste se dedican las siguientes líneas.

9.2 La cooperación institucionalizada: las Conferencias Sectoriales

Fuera del sistema de intercambio recíproco de información, la estrategia para conseguir una aproximación de las regulaciones susceptibles de afectar a la unidad de mercado pasa por aprovechar las estructuras de cooperación vertical que ya existían en nuestro ordenamiento –Conferencias Sectoriales– y reforzarlas con un órgano de nuevo cuño: el Consejo para la Unidad de Mercado (en adelante, CUM).

Comenzando por aquéllas, el Tribunal Constitucional reconoció tempranamente que las Conferencias Sectoriales son un instrumento adecuado para articular la cooperación administrativa reclamada por la necesaria compatibilidad de los principios constitucionales de unidad y autonomía⁷⁴⁶. Manteniendo esta premisa, el legislador hace uso de estos órganos como foro de encuentro interadministrativo para la recuperación de la unidad de mercado. Buena parte del éxito de la LGUM depende de la capacidad de las

⁷⁴⁵ En el mismo sentido, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: <<El contencioso de la unidad...>>, *Ob. Cit.*, p. 979.

⁷⁴⁶ STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ. 13.

Conferencias Sectoriales cumplan con la doble función de remover de los obstáculos a la libre circulación ya existentes mediante el impulso de las reformas normativas necesarias; y fijar unos estándares de regulación sectorial que imposibiliten la aparición de otros nuevos. Ciertamente, el escaso tiempo de vigencia de la LGUM no permite hacer valoraciones sobre el éxito de esta estrategia. Pero sí alcanza para exponer algunos aspectos generales y dar respuesta a ciertas incertidumbres generadas por su redacción. Quizás el más destacable sea el relativo al Consejo para la Unidad de Mercado (en adelante, CUM), cuyo carácter innovación e importancia parecen han sido drásticamente reducidos en el desarrollo de la Ley.

En el tenor literal de la ley, el sistema cooperación institucionalizada parecía contar con dos frentes distintos. Así, junto a las Conferencias Sectoriales de interés para este ámbito, el legislador estatal configuraba el CUM como un órgano de cooperación administrativa para el seguimiento y control de la LGUM que trata de dar cabida a los distintos intereses del Estado compuesto de tres términos diseñado por la Constitución de 1978⁷⁴⁷. Fuera de esto, poca información más podía extraerse de un texto donde la ausencia de personalidad jurídica propia del CUM no parecía corresponderse con el carácter capital que sus funciones pueden llegar a tener para la consecución de los objetivos previstos en la LGUM⁷⁴⁸, ni con la consiguiente definición de un órgano técnico de las características de la Secretaría del CUM. Aunque sin llegar a alcanzar el régimen jurídico de la Comisión Nacional de los Mercados y

⁷⁴⁷ Tomo el término de GARCÍA ROCA, Javier: <<Sobre el Estado de tres términos y la dimensión hermenéutica constitucional que introduce el nuevo conflicto en defensa de la autonomía local >>, en VV.AA.: *El desarrollo del Gobierno Local (una aproximación doctrinal)*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1999, p. 65.

⁷⁴⁸ Artículo 10.4 LGUM: El Consejo para la Unidad de Mercado se reunirá al menos semestralmente y tendrá las siguientes funciones: a) Seguimiento de la adaptación de la normativa del conjunto de las autoridades competentes a los principios de esta ley. b) Impulso de los cambios normativos necesarios para la eliminación de obstáculos a la unidad de mercado en los marcos jurídicos correspondientes. c) Seguimiento de los mecanismos de cooperación establecidos en esta ley, en particular, del sistema de intercambio de información y la efectiva integración de registros sectoriales. d) Coordinación de la actividad desarrollada por las conferencias sectoriales en materia de unidad de mercado. e) Seguimiento de los mecanismos de protección de los operadores económicos previstos en el capítulo VII, así como de sus resultados. f) Aprobación del informe a que se refiere el apartado f) del artículo 11. g) Impulso de las tareas de cooperación en la elaboración de proyectos normativos establecidas en el artículo 14. h) Impulso y revisión de los resultados de la evaluación periódica de la normativa a que se refiere el artículo 15.

de la Competencia, no parecía descabellado aventurar que el CUM podría llegar a convertirse en un órgano, más o menos amplio, que oriente la actuación de las Conferencias Sectoriales a través de resoluciones de eficacia jurídica indiscutida.

Lejos de ello, el desarrollo de la LGUM ha conducido al que a mi juicio resulta el peor de los escenarios posibles: la conversión del CUM en una Conferencia Sectorial llamada a coordinar las restantes Conferencias Sectoriales relevantes en materia de integridad del espacio económico nacional. A falta de ver el recorrido de la misma, parece que su efecto más destacado hasta el momento ha sido el incremento de la complejidad del sistema por cuanto la actuación del CUM se solapa con la propia de los órganos que trata de coordinar.

No se trata de criticar injustificadamente al legislador estatal. La opción legislativa seguida no es menos razonable que la previsión de un sistema basado exclusivamente en la existencia de Conferencias Sectoriales. Tal como está planteado el problema es manifiestamente irresoluble: no es posible avanzar en una aproximación normativa efectiva en una materia de naturaleza transversal –la integridad del espacio económico– recurriendo únicamente a instrumentos de composición multilateral y alcance material específico cuyas resoluciones tienen una fuerza vinculante relativa. En último término, la insuficiencia manifestada por el CUM no estriba en un defecto del diseño del órgano, sino en las deficiencias estructurales que desde el inicio presenta nuestro modelo territorial.

En un modelo que aspira a anticiparse a la fragmentación en sede regulatoria la elección del órgano encargado de la aproximación normativa debe hacerse en atención a su capacidad para eliminar las trabas existentes. Y es en este punto donde las Conferencias Sectoriales se muestran como un instrumento de dudosa utilidad. En primer lugar, porque, a mi juicio, resulta sencillamente ilusorio pretender que una Conferencia Sectorial venga a suplir la carencia de una verdadera cámara de representación territorial en una materia de la importancia de integridad del espacio económico nacional. No es éste el

lugar para profundizar en una cuestión que, por lo demás, ha merecido un tratamiento constante desde la misma aprobación del texto constitucional. Se trata únicamente de añadir una más al listado de razones para llevar a cabo una reforma integral del Senado que lo asemeje a las Cámaras territoriales existentes en todos los modelos políticamente descentralizados⁷⁴⁹. La integridad del espacio económico nacional puede asegurarse de un modo igualmente eficaz con independencia de que se haga uso de un sistema de tipo político u otro de corte jurisdiccional. Ahora bien, lo que no parece admisible es quedarse en un punto intermedio prescindiendo de un órgano multilateral dotado de legitimidad suficiente como de un *juicio de unidad* en sentido estricto aplicable en sede judicial. En un modelo de garantías del tipo del que parecen preferir tanto la jurisprudencia constitucional como la LGUM la función del Senado no puede ser llevada a cabo ni por un órgano –el Tribunal Constitucional– dotado de autoridad suficiente, pero ajeno a los intereses de los distintos poderes territoriales; ni por otro –la Conferencia Sectorial– en el que la recepción de tales intereses no resulta acompañada ni de la legitimidad del representante parlamentario, ni, por consiguiente, de la eficacia de sus decisiones.

Pero, más aún, el recurso a las Conferencias Sectoriales ni siquiera aparece como un modo adecuado de encauzar este tipo de objetivos en una materia como ésta, más propia de una Comisión Bilateral de Cooperación⁷⁵⁰.

⁷⁴⁹ La insuficiencia de la configuración actual del Senado constituye un lugar común entre la doctrina. Desde la perspectiva que aquí interesa, se ha destacado su potencial efecto positivo para la reducción de los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas “tanto por la creación de un clima de diálogo que los haría más extraños como por las posibilidades del propio órgano de mediar en la controversia”. AJA FERNÁNDEZ, Eliseo: <<La reforma constitucional del Senado para convertirlo en una Cámara autonómica>>, en AJA FERNÁNDEZ, Eliseo; ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch; y RUIZ RUIZ, Juan José: *La reforma Constitucional del Senado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 24. Sea como fuere, la insuficiencia permanece aún a la espera de corrección según denuncia el informe sobre las Comunidades Autónomas de 2014. AJA FERNÁNDEZ, Eliseo, *et. al.*: <<Valoración general del Estado Autonómico en 2014>>, en AJA FERNÁNDEZ, Eliseo; GARCÍA ROCA, Javier; y MONTILLA MARTOS, José Antonio: *Informe...*, *Ob. Cit.*, p. 29.

⁷⁵⁰ Artículo 5.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: Los órganos de cooperación de composición bilateral y de ámbito general que reúnan a miembros del Gobierno, en representación de la Administración General del Estado, y a miembros del Consejo de Gobierno, en representación de la Administración de la respectiva Comunidad Autónoma, se denominan Comisiones Bilaterales de Cooperación. Su creación se efectúa mediante acuerdo, que determina los elementos esenciales de su régimen.

No en balde, la evolución seguida hasta la fecha ha conferido a estos órganos una función pacificadora, como mecanismo previo de conciliación para solucionar las controversias antes de su impugnación ante el Tribunal Constitucional⁷⁵¹. No es casual que la conflictividad generada por la LGUM haya tratado de suavizarse mediante la convocatoria de este tipo de órganos con aquellas Comunidades Autónomas que mostraron un mayor rechazo⁷⁵². Por más que no sea sencillo vislumbrar el valor jurídico de las decisiones adoptadas en su seno, el esfuerzo negociador mostrado por las partes pone de manifiesto su potencialidad como técnica para avanzar en la aproximación normativa a la que aspira la LGUM. Si las Comisiones Bilaterales de Cooperación han permitido sustituir las fuertes críticas vertidas sobre el texto por un buen número de compromisos para su aplicación, quizás puedan resultar igualmente útiles para avanzar en la eliminación de los obstáculos concretos a la libre circulación que se identifiquen.

Frente a la negociación bilateral, la apertura de las Conferencias Sectoriales a todas las Administraciones Públicas envueltas en la ordenación de la actividad económica ofrece resultados disfuncionales. Este rasgo, que puede resultar positivo en según qué ámbitos, resulta un defecto para el fin pretendido por la LGUM. El reglamento interno de funcionamiento del CUM señala un total de 24 miembros⁷⁵³. Parecen demasiados, aunque a la vista de la mínima representación conferida a las Administraciones Locales probablemente el número debiera ser mayor. Sea como fuere, un órgano de

⁷⁵¹ GARCÍA MORALES, María Jesús: <<La colaboración a examen. Retos y riesgos de las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico>>, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 86, p. 77.

⁷⁵² Tres de las Comunidades Autónomas que han interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra la LGUM convocaron sus respectivas Comisiones Bilaterales de Cooperación con la Administración del Estado. Únicamente la Comunidad Autónoma de Cataluña ha mantenido su recurso sin abrir esta vía de negociación. En dos casos –País Vasco y Galicia– las Comisiones celebradas sirvieron para solventar las diferencias, fijando interpretaciones concretas de los artículos discutidos para su aplicación a las partes. Sólo la Comisión celebrada con el Gobierno Canario concluyó sin acuerdo.

⁷⁵³ Artículo 3.1: “Integran el Consejo para la Unidad de Mercado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.2 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, el Secretario de Estado de Administraciones Públicas, el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, el Subsecretario de Presidencia, los Consejeros de Economía o competentes por razón de la materia de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía, así como un representante de las Entidades Locales designado por la asociación de Entidades Locales de ámbito estatal con mayor implantación en todo el territorio.”

semejantes dimensiones difícilmente puede ser eficiente en su labor revisora. Más que un Consejo, pareciera una Comisión Parlamentaria. Antes bien, la experiencia acumulada en estas décadas ha puesto de manifiesto que las Conferencias Sectoriales rehúsan de manera habitual la discusión de proyectos normativos autonómicos⁷⁵⁴. Todo ello sin olvidar que la eficacia de estos órganos depende en buena medida de un presupuesto bastante alejado del que resulta propio de los asuntos relativos a la integridad del espacio económico nacional: la claridad de la distribución competencial vigente en el ámbito específico de actuación⁷⁵⁵. En fin, ni la composición del órgano ni las características del escenario hacen pensar que las Conferencias Sectoriales puedan llegar a operar la armonización relativa deseada por el legislador estatal.

9.3 Panorámica general: la respuesta legislativa a la sobreabundancia de regulaciones

A tenor de todo lo apuntado, creo que sería adecuado situar las críticas vertidas sobre la armonización normativa en sus justos términos. Ni el sistema de información recíproca interfiere en el funcionamiento normal de los poderes territoriales, ni la estructura orgánica definida en la LGUM altera en modo alguno el reparto competencial. La información recibida en el intercambio o las decisiones adoptadas tanto en el seno del CUM como de las restantes Conferencias Sectoriales pueden incentivar la evitación –o, incluso la remoción– de los obstáculos que se detecten, pero en ningún caso imponen una armonización forzosa de las regulaciones relativas a la actividad económica en contra de la opinión de los restantes niveles territoriales.

Ningún trabajo académico pone en duda que las técnicas de armonización positiva resultan plenamente respetuosas con el ámbito competencial propio de las Comunidades Autónomas o de los entes legales. Si acaso, el defecto del sistema puede ser el contrario, esto es, su carácter voluntario en exceso. Probablemente el problema de fondo no sea otro que la

⁷⁵⁴ DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos: <<Las Conferencias Sectoriales>>, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 79, p. 131.

⁷⁵⁵ GARCÍA MORALES, María Jesús: <<La colaboración a examen...>> *Ob. Cit.*, p. 74.

excesiva cautela –ya apuntada– con la que la LGUM plantea la aproximación de las normativas existentes en materia de libre circulación. El recurso a una ley de armonización sigue ahí, sin que de antemano quepa atribuirle consecuencias exclusivamente negativas. Han pasado un buen número de años desde el asunto que dio origen al destierro de esta técnica. En este tiempo hemos ganado experiencia. Quizás el carácter multilateral de las Conferencias Sectoriales pueda resultar un dato a tener muy en cuenta si en algún momento se decide preparar una ley de armonización en el sentido previsto por el artículo 150.3 de la Constitución por la muy evidente razón de que favorece la participación de las Comunidades Autónomas para la definición de los principios que habrán de respetar cuando ejerzan sus competencias normativas.

10.El *juicio de unidad* en la LGUM (I): aspectos procesales

Según se indicó más arriba, la proximidad de la LGUM con el modo de ordenación del espacio económico comunitario tenía como resultado la existencia de una doble vía de actuación. En esta línea, acaba de exponerse cómo la configuración suave de las técnicas de integración positiva las descartaba como origen posible del vaciamiento competencial autonómico denunciado por buena parte de la doctrina académica. Ni la ley, ni su normativa de desarrollo confieren a las decisiones adoptadas en este foro un fuerza vinculante más intensa que la prevista en la Ley 30/1992 para cualquier organismo administrativo de coordinación.

Consecuencia inmediata de lo anterior es que la génesis del referido efecto debe encontrarse en los aspectos materiales de la LGUM, esto es, en los criterios que habrán de inspirar el funcionamiento de ese espacio económico nacional que el legislador aspira a recuperar. Y aquí el diagnóstico de la doctrina es claro: la LGUM aparece informada por un claro objetivo liberalizador. Sin volver a la cuestión sobre la necesidad de ese impacto, lo cierto es que parece que el legislador democrático ha decidido aproximar la regulación española a la tendencia seguida por el Tribunal de Justicia de la

Unión Europea en el sentido de imponer la excepcionalidad de las medidas de control previo de las actividades económicas y su sustitución por otras menos restrictivas, en concreto, por el sistema de declaración responsable y comunicación previa⁷⁵⁶. Desde la entrada en vigor de la LGUM, las Administraciones Públicas no pueden condicionar la libre circulación de mercancías y servicios salvo que justifiquen la necesidad y proporcionalidad de los requisitos.

Probablemente, éste sea el aspecto más destacado de la nueva regulación, pues permite plantear su estudio desde dos puntos de vista parcialmente diferentes. Los artículos académicos publicados desde el anuncio de la LGUM han hecho hincapié en la perspectiva estrictamente competencial. Ciertamente, es discutible si la previsión de estas limitaciones por parte del legislador estatal no equivale a “conformar un entramado que encorseta notablemente el ejercicio y la efectividad de las competencias autonómicas”⁷⁵⁷. Más aún, ésta es la cuestión central que habrá de responder el Tribunal Constitucional cuando resuelva los recursos de inconstitucionalidad planteados. Precisamente por lo evidente de su interés y las dudas que genera la nueva regulación, los estudios y dictámenes evacuados durante la tramitación parlamentaria de la LGUM se centrado en demostrar si los mandatos de la LGUM resultan aplicables a los legisladores, y, en su caso, si restringen de manera especialmente intensa la capacidad de actuación de los reguladores

⁷⁵⁶ Ambas instituciones aparecen definidas en los dos primeros apartados del artículo 71 bis) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, derivado precisamente de la implementación de la Directiva de Servicios: A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable.

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1.”

Sobre el origen de estas técnicas y su recepción en el ordenamiento español en el proceso de implementación de la Directiva de Servicios, BAUZÁ MARTORELL, Felio: <<Declaración responsable y comunicación previa. Consideración críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus>>, en *Diario La Ley*, Núm. 7419, 2010.

⁷⁵⁷ REBOLLO PUIG, Manuel: <<La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado...>>, *Ob. Cit.*, p. 76.

autonómicos⁷⁵⁸. Sin restar importancia a esta cuestión, no entraré en el estudio de esta cuestión, al menos no de manera directa.

Porque, en efecto, la parte sustantiva de la LGUM admite una segunda vía de trabajo. Más que valorar si los requisitos fijados en la LGUM para condicionar la libre circulación llegan a hacer inservibles las competencias autonómicas, me interesa conocer aquéllos para su utilización como parámetro de validez de una conducta específica. En otras palabras, lo que para la cuestión competencial puede merecer una valoración negativa, merece ser destacado positivamente desde el punto de vista de este trabajo. De algún modo, la LGUM abre la puerta a la corrección de las deficiencias del modelo de garantía de la integridad del espacio económico vigente en nuestro país y fija los cimientos para el posible desarrollo de un sistema de un *juicio de unidad* en sentido estricto semejante al propio del ámbito comunitario:

- a) Convierte a la Audiencia Nacional en el juez ordinario para la resolución de los problemas relativos a la fragmentación del espacio económico nacional a través de un procedimiento concreto: el nuevo recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado. Con su aprobación, la nueva ley priva al Tribunal Constitucional del monopolio en la aplicación del artículo 139 de la Constitución y avanza en la confirmación de que *los asuntos relativos a la integridad del espacio económico suponen un tipo específico de problemas de legalidad* y sólo raras veces –cuando derivan de una norma con rango de ley– habrán de resolverse en sede constitucional.
- b) Define los criterios que deben seguirse para la comprobación de la legalidad de las actuaciones relativas al ejercicio de la actividad económica. Y lo hace, además, con referencia expresa a las reglas vigentes en el ámbito comunitario. Así, tendrán la consideración de obstáculo los medios de intervención administrativa cuando éstos no se fundamenten en alguna de las razones justificativas previstas en la Ley, en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios

⁷⁵⁸ *Ídem.*, pp. 4 y ss.

internacionales; o no quede justificada su necesidad y proporcionalidad del medio utilizado⁷⁵⁹.

En las páginas siguientes sintetizaré los rasgos generales del *juicio de unidad* que, a mi juicio, propone la LGUM. En cualquier caso, antes de proceder al mismo es necesario hacer dos sencillas aclaraciones previas. La primera pasa por advertir que a fecha de hoy no se dispone de ninguna sentencia en la que se haya aplicado la nueva regulación⁷⁶⁰. Por este motivo, no resulta posible profundizar con el mismo grado de detalle que se siguió en otras ocasiones, ni aventurar un gráfico sobre su estructura. Por su parte, la segunda aclaración es que la LGUM efectúa un tratamiento conjunto de las libertades de circulación de mercancías y servicios. Aunque similares, la lógica de cada una de éstas presenta rasgos propios, lo que a la postre se traduce en una mezcla de parámetros y criterios distintos en un mismo juicio. Para facilitar el discurso, trataré de referirme únicamente a los aspectos propios de la libre circulación de mercancías, pues la prestación de servicios no ha sido analizada en ninguna otra parte del trabajo.

Y aún cabría una última aclaración derivada del extraordinario grado de conflictividad que rodea a esta norma. La exposición realizada únicamente pretende hacer visible lo que, en mi opinión, supone un claro avance positivo: la configuración de un *juicio de unidad* aplicable en sede jurisdiccional. Tal valoración positiva no alcanza, en modo alguno, a los efectos que los parámetros que integran dicho juicio puedan tener sobre el ejercicio de las competencias autonómicas. Incluso si en futuro próximo el Tribunal Constitucional declarase la inconstitucionalidad de los mismos, la valoración de la LGUM a este respecto seguiría siendo positiva. La existencia de una pieza

⁷⁵⁹ Arts. 17 y 18 LGUM.

⁷⁶⁰ Hasta la fecha, la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia ha interpuesto ocho recursos contencioso-administrativos especiales sobre la unidad de mercado ante la Audiencia Nacional. Todos ellos están pendientes de resolución.

El número de denuncias puede resultar escaso a tenor de la impresión existente acerca del grado de fragmentación del espacio económico nacional. Sin embargo, creo que podría responder a dos circunstancias. De una parte, el escaso periodo de tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley. De otra, la existencia de una vía alternativa de impugnación a través del régimen general de recursos. A ésta se hará referencia más adelante, pero con la configuración se corre el riesgo de que un número indeterminado de asuntos relativos a la integridad del espacio económico nacional resulten ajenos al control específico diseñado en la Ley y permanezcan ocultos entre los controles generales sobre la actividad administrativa.

defectuosa debería llevar a su corrección o, en su caso, a su sustitución, pero en ningún caso a abandonar todo el mecanismo.

10.1 El régimen de recursos administrativos

A la hora de valorar las deficiencias que, a mi juicio, presenta el sistema español de garantías del espacio económico destaqué tanto la imposibilidad de que los particulares pudieran acceder al control desarrollado en sede constitucional, como su imposible extensión a los obstáculos provenientes de actuaciones distintas de una norma con rango de ley. Así, el enfoque competencial empleado por el juez constitucional convertía este tipo de asuntos en un litigio entre poderes públicos, generalmente entre el Estado –garante de la unidad– y alguna Comunidad Autónoma. Al mismo tiempo, la identificación de la unidad de mercado con las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica circunscribía los asuntos al control normativo, de modo que el sistema resultaba aparentemente insensible a los obstáculos –más numerosos– derivados de disposiciones de carácter reglamentario o de algún acto de ejecución normativa⁷⁶¹. En este escenario, la LGUM corrige buena parte de estos problemas mediante la introducción de modificaciones tanto en el esquema de los recursos administrativos, como en la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a la que se incorpora el “Procedimiento para la garantía de la unidad de mercado”.

A partir de su aprobación, la LGUM sitúa a los particulares como verdaderos vigilantes de la libre circulación. Atrás queda la falta de sistematicidad que hacía invisibles los asuntos relativos a la integridad del espacio económico que no hubieran sido denunciados por algún poder público. Bajo la nueva regulación, los obstáculos a la libre circulación podrán ser denunciados por los ciudadanos tanto en sede administrativa como, ulteriormente, en vía judicial a través de sendos procedimientos especiales.

En primer término, el legislador ha optado por incluir un procedimiento administrativo específico para la tramitación de este tipo de denuncias ante la

⁷⁶¹ *Vid. Supra.*, Epígrafe 3.3

Secretaría del CUM⁷⁶². En lo esencial, se trata de que dicho órgano desarrolle una función de filtro, descartando de inicio las denuncias carentes de una fundamentación suficiente. Así las cosas, la Secretaría habrá de valorar la reclamación recibida y, en su caso, remitirla tanto a la Administración interesada como a diversas autoridades a las que la LGUM atribuye la capacidad de realizar las observaciones que estimen pertinentes⁷⁶³. En último extremo, la Administración denunciada deberá dar respuesta al interesado en el plazo de quince días, poniéndose fin así a la vía administrativa. El incumplimiento del plazo determina la desestimación de la reclamación efectuada por el individuo⁷⁶⁴.

Sea como fuere, la referencia a este procedimiento encuentra su razón de ser en lo difícil de su imbricación dentro del marco general de los recursos administrativos. El legislador estatal ha optado por establecer una reserva absoluta del nuevo cauce: las reclamaciones presentadas a la Secretaría del CUM únicamente pueden estar fundadas en una vulneración de la libre circulación. Por su parte, cualesquiera otros motivos de impugnación habrán de hacerse valer, de forma separada, a través de las vías administrativas

⁷⁶² Art. 26 LGUM.

⁷⁶³ De conformidad con el artículo 26.2 de la Ley, forman parte de esta red de puntos de contacto: la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado; la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; cada Departamento ministerial; y la autoridad que designe cada Comunidad Autónoma o Ciudad con Estatuto de Autonomía.

Puede que no sea superfluo destacar dos aspectos de esta disposición. De una parte, no deja de resultar sorprendente la ausencia de cualquier representación local, a diferencia de lo ocurrido en la estructura creada para la aproximación normativa. De otra, no está claro hasta qué punto la exclusividad de la legitimación reconocida a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) para interponer el nuevo recurso contencioso-administrativo creado no hubiera debido suponer la exclusión de este órgano del procedimiento administrativo previo. En este sentido, el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre el Anteproyecto ya expresó sus temores sobre el riesgo de “confundir a los operadores acerca del papel de la (misma) en esta fase, no favorecer la independencia de la CNMC en el procedimiento y dificultar la imbricación de este procedimiento administrativo con, en su caso, el jurisdiccional”. (p. 24).

⁷⁶⁴ Es evidente que este procedimiento presenta algunas deficiencias prácticas, como la aparente perentoriedad del plazo de duración en comparación con el volumen de consultas que pueden llegar a plantearse: o el número de observaciones recibidas es mínimo; o la Administración demandada resuelve sin esperar a éstas; o la tramitación parece abocada a finalizar mediante un silencio administrativo. En cualquiera de estos casos puede dudarse de la eficacia del procedimiento.

De manera complementaria, quizás no hubiera estado de más aclarar el carácter básico de este artículo. Por más que no afecte al órgano que toma la decisión final, no puede perderse de vista que la LGUM obliga a tramitar un recurso propio de una Administración autonómica o local a través de un órgano de la Administración General de Estado como es la Secretaría del CUM.

ordinarias⁷⁶⁵. La reserva no parece que juegue, sin embargo, en sentido contrario. Del silencio de la LGUM acerca de la imposibilidad de plantear aquellas impugnaciones a través del régimen general previsto en la Ley 30/1992 no cabe sino concluir la admisibilidad de esta opción. Y es aquí donde surge el problema tempranamente denunciado por el Consejo de Estado: el nuevo procedimiento administrativo de garantía introducido por la LGUM termina por resultar “alternativo –y cabría añadir que paralelo– para infracciones de la unidad de mercado, complementario para el resto”⁷⁶⁶. Todo ello sin olvidar que la decisión última sobre la vía a seguir corresponde libérrimamente al individuo.

En efecto, cuando un operador económico aprecie que una actuación – normativa o ejecutiva– de la Administración puede resultar lesiva de la libre circulación, podrá optar por cualquiera de las opciones siguientes:

- a) Acogerse enteramente al procedimiento definido en la LGUM, siempre que las razones que aduzca guarden relación directa con la libre circulación. En este caso, la solución del problema no se demorará en el tiempo. En un plazo máximo de quince días, el operador económico habrá agotado la vía administrativa y podrá recurrir ante los tribunales de lo contencioso-administrativo la respuesta obtenida o el silencio administrativo acaecido.
- b) Seguir el régimen general de recursos administrativos. En este segundo caso la resolución se dilatará en el tiempo. De una parte, porque la duración habitual de los procedimientos administrativos excede de los quince días fijados en la LGUM. Pero también, y principalmente, porque la respuesta –o el silencio– que se obtenga en el procedimiento no pondrá fin a la vía administrativa. Será preciso, por tanto, agotar los

⁷⁶⁵ Art. 26 LGUM: “Cuando existiesen motivos de impugnación distintos de la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación, los operadores que hayan presentado la reclamación regulada en este artículo deberán hacerlos valer, de forma separada, a través de los recursos administrativos o jurisdiccionales que procedan frente a la disposición o actuación de que se trate. No obstante, el plazo para su interposición se iniciará cuando se produzca la inadmisión o eventual desestimación de la reclamación por la autoridad competente.”

⁷⁶⁶ Informe del Consejo de Estado, Fundamento 25.

recursos administrativos correspondientes como paso previo al acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

- c) Cabe, por último, la posibilidad de fragmentar la reclamación dando trámite a alegaciones relativas a la libre circulación mediante el procedimiento específico de la LGUM y remitiendo el resto al régimen general. Sin entrar en mayores detalles, no es difícil imaginar los problemas –desde la compatibilidad de las decisiones obtenidas, hasta la jerarquía de los órganos resolutorios– que se pueden derivar de una decisión de este tipo a la luz de las diferencias entre uno y otro que acaban de exponerse.

Como es lógico, la solución de este tipo de dificultades requerirá un tratamiento específico por parte de la doctrina administrativa. Si se han incluido en el presente trabajo ha sido únicamente para poner de manifiesto que, aun cuando la LGUM corrige algunas de las dificultades, nuestro sistema de garantía de la integridad del espacio económico aún requerirá mejoras. Por citar únicamente una, el sistema parece innecesariamente complejo, pues requiere que operador económico disponga de los conocimientos necesarios para disociar los efectos específicamente referidos a la integridad del espacio económico de cualesquiera otros conexos.

Puede suponerse que la disyuntiva sobre el procedimiento a seguir se planteará con relación a supuestos grises en los que la actuación no contradice de manera directa la libre circulación. Pues bien, creo que a lo largo del estudio ha podido comprobarse la dificultad de apreciar el punto a partir del cual una regulación sobre la actividad económica provoca, de manera indirecta, la fragmentación del espacio económico. En esta incertidumbre, no parece osado anticipar que el particular preferirá hacer uso del sistema general de recursos antes que arriesgarse a seguir un procedimiento específico que –por estar reservado exclusivamente a las cuestiones sobre la libre circulación– puede terminar precipitadamente con la inadmisión del recurso. Especialmente si, como es el caso, el único incentivo para seguir la tramitación especial consiste en la ventaja temporal en la tramitación, pues va de suyo que los parámetros de control habrán de ser los mismos en cualquiera de estas vías procesales.

En otras palabras, la LGUM propicia la visibilidad de los problemas relativos a la integridad del espacio económico nacional denunciados por los particulares, pero en modo alguno soluciona el problema por completo. A falta de incentivos claros, se corre el riesgo de la libertad del operador económico para optar por un cauce u otro de tramitación provoque que un número indeterminado de obstáculos a la libre circulación permanezca ajeno al sistema de depuración diseñado específicamente para combatirlos.

10.2 La protección en sede judicial

En los supuestos en los que la conciliación operada en vía administrativa fracase, la protección de la unidad económica resulta encomendada a la actuación de los tribunales de lo contencioso-administrativo. Quizás sea precisamente ésta la novedad más positiva incluida en la LGUM: dotar al tratamiento de los problemas relativos a la integridad del espacio económico de una identidad propia. Bajo la nueva regulación, este tipo de asuntos serán mayoritariamente resueltos en sede jurisdiccional ordinaria, al tiempo que se reconocen sus caracteres propios bajo el reconocimiento de un procedimiento especial de tramitación: el recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado que habrá de resolver la Audiencia Nacional. A partir de la LGUM, ni la integridad del espacio económico es una cuestión que interese únicamente a los poderes públicos; ni el Tribunal Constitucional ostenta un monopolio práctico para el enjuiciamiento de este tipo de asuntos; ni, en fin, éstos se confunden entre la generalidad de los litigios de carácter administrativo.

El recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado introducido por la Disposición Final Primera de la LGUM ha sido señalado como uno de los aspectos más controvertidos de ésta⁷⁶⁷. Desde que se conoció la intención del legislador estatal no han faltado los trabajos académicos que dan buena cuenta de las dificultades técnicas del

⁷⁶⁷ La cuestión ocupó un lugar destacado en la mayor parte de los informes evacuados durante la tramitación del proyecto. Especialmente críticos al respecto fueron los redactados por la Comisión Nacional de la Competencia y el Consejo General del Poder Judicial en sus páginas 40 y 41, respectivamente.

procedimiento. Me remito a los mismos para su conocimiento⁷⁶⁸. A los efectos, más limitados, de este trabajo bastará con una breve explicación sintética, el nuevo recurso contencioso-administrativo para la garantía de la unidad de mercado presenta tres rasgos formales que lo convierten en un cauce procesal único en el esquema de recursos vigente:

- a) La tramitación preferente, que aproxima los asuntos relativos a la integridad del espacio económico nacional al régimen previsto para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales⁷⁶⁹.
- b) El señalamiento de la Sala de los Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional como órgano competente. La identificación de ésta como único tribunal con jurisdicción en todo el Estado para conocer este tipo de asuntos supone una excepción a los criterios seguidos habitualmente a tal efecto. Como bien apuntó el Consejo General del Poder Judicial, *el nuevo proceso “es el único caso en que la competencia objetiva del Tribunal no se fija en atención a la naturaleza del órgano autor del acto, disposición o actuación impugnada, o bien en función de la materia, sino en atención a la identidad del organismo que interpone el recurso (la CNMC)”*⁷⁷⁰.
- c) La admisibilidad de la suspensión de la actuación impugnada como medida cautelar. La reforma operada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa señala el carácter automático de la suspensión siempre que así lo solicite la CNMC en la interposición del recurso. Sólo cuando hayan transcurrido tres meses podrá la autoridad afectada instar el levantamiento de la suspensión cautelar. Esta configuración no sólo no encaja con la construcción tradicional que sobre las medidas cautelares se ha venido desarrollando en sede

⁷⁶⁸ Entre los trabajos publicados sobre esta cuestión merece un lugar destacado el estudio monográfico realizado por SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: <<El contencioso de la unidad...>>, *Ob. Cit.*

⁷⁶⁹ Es evidente que esta aproximación no presenta ninguna tacha de inconstitucionalidad, pues entra dentro de la libertad con que el legislador democrático define los diferentes procedimientos judiciales para la protección de los derechos e intereses legítimos. Sin embargo, la equiparación de los asuntos sobre la integridad del espacio económico a una cuestión de la importancia capital de los derechos fundamentales ha generado sorpresa en diferentes ámbitos, incluido el Consejo de Estado. *Vid.*, Informe del Consejo de Estado, Fundamento 33.

⁷⁷⁰ Informe del Consejo General del Poder Judicial, p. 38.

contencioso–administrativa⁷⁷¹, sino que es dudoso que puede ser introducida por el legislador democrático pues, aunque presente un paralelismo claro con la potestad reconocida al Gobierno de la Nación por la propia Constitución⁷⁷², la configuración efectuada resulta más intensa que la figura prevista en ésta⁷⁷³.

Sea como fuere, existe otro rasgo más interesante a los efectos que aquí se pretenden: la complejidad del sistema de protección jurisdiccional. En su redacción actual, la LGUM deja en manos del empresario la decisión de seguir la vía ordinaria de recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa o delegar su facultad en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que valore la posibilidad de interponer el mecanismo de tramitación preferente que acaba de exponerse. Como ya ocurría con las reclamaciones en sede administrativa, el procedimiento fijado en la LGUM resulta alternativo respecto del régimen ordinario.

De todos los mecanismos de protección del espacio económico que se han ido analizando, éste es el único que puede ser verdaderamente calificado como un *juicio de unidad* en sentido estricto. Precisamente por eso entiendo que si desde la perspectiva de este estudio si hay algún aspecto de la LGUM que requiere una modificación urgente, éste es, sin duda, el carácter alternativo de que se dota al procedimiento especial ante la Audiencia Nacional. Es cierto que la configuración actual presenta una ventaja evidente en cuanto establece un filtro suficiente para evitar el colapso de este tribunal⁷⁷⁴. También que la

⁷⁷¹ *Ídem.*, p. 49.

⁷⁷² Art. 161.2 de la Constitución: “El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.”

⁷⁷³ Así, la suspensión se produce de manera automática desde el mismo momento de admisión del recurso, sin necesidad de resolución expresa del tribunal y sin oír a la parte demandada. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: <<El contencioso de la unidad...>>, *Ob. Cit.*, p. 960.

⁷⁷⁴ La aparente convicción general de que el espacio económico nacional se encuentra fragmentado invita a pensar que durante los primeros años de la reforma la CNMC opere como filtro previo ante la avalancha de procesos que amenaza con colapsar la jurisdicción contencioso–administrativa, abriendo la vía de este procedimiento especial únicamente a aquéllos asuntos que, a su juicio, presentan una entidad suficiente. Como se indicó, hasta la fecha únicamente en siete de los casos remitidos a la CNMC se ha considerado conveniente la interposición del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado. En esta misma línea, no parece descartable que un número significativo de los asuntos rechazados por la CNMC no hayan sido recurridos a título individual por el interesado, que

reforma introducida por la LGUM prevé la acumulación de los asuntos promovidos frente a cualquier órgano jurisdiccional que presenten una identidad sustancial⁷⁷⁵. Pero quizás esto no sea suficiente. En mi opinión, existen razones de peso para defender el papel protagonista de la Audiencia Nacional.

La situación de crisis económica experimentada en los últimos años ha destacado de manera especial la importancia que la *seguridad jurídica* desempeña en la actividad de los operadores económicos. Por tanto, ésta debe ocupar un lugar central dentro de un modelo de garantía que aspira a favorecer –bien es cierto que de manera indirecta– la recuperación económica⁷⁷⁶. Y esto sólo se alcanza mediante la estabilidad de los criterios manejados jurisdiccionalmente. No parece descabellado que, al menos en los primeros años de funcionamiento del modelo, se hubiera realizado un esfuerzo por incentivar el recurso a este procedimiento especial.

Lo anterior no debe ser visto como una desconfianza a la labor de los restantes tribunales de lo contencioso-administrativo. Sin lugar a dudas, la identidad del tribunal no altera en modo alguno los criterios materiales empleados para resolver el asunto. Dejando al margen las diferencias procesales que existen entre el régimen general y el específico, cualquier juez de lo contencioso-administrativo que reciba una demanda relativa a la libre circulación económica habrá de aplicar necesariamente los parámetros definidos en la LGUM. Ocurre, sin embargo, que bajo la regulación actual, la protección jurisdiccional de la integridad del espacio económico podrá corresponder –según el cauce procesal que se siga– a los Juzgados de lo

habrá de decidir si asume los costes de un proceso que ya ha sido desestimado por un órgano de carácter técnico o, por el contrario, permanece inactivo a la espera de solicitar la extensión de los efectos de la sentencia dictada en un caso similar tal y como prevé la reforma efectuada sobre el artículo 110.1 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

⁷⁷⁵ Artículo 127 *ter.*, apartado 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: “La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional acordará la acumulación al promovido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de todo procedimiento que, iniciado por un operador económico ante el mismo u otro órgano jurisdiccional, se dirija frente a la misma disposición o actuación y se funde en la vulneración de la libertad de establecimiento o de circulación conforme a lo previsto en esta Ley.”

⁷⁷⁶ En términos concretos, el Ministerio de Economía estimó el impacto económico derivado de la aprobación de la LGUM en un incremento del 1.52% del PIB en un período de diez años. Puede consultarse la noticia en la siguiente dirección: <http://goo.gl/6EgriU>

Contencioso-Administrativo; los Juzgados Centrales; las Salas correspondientes de los Tribunales Superiores de Justicia; la Sala de la Audiencia Nacional; e, incluso, el Tribunal Supremo. Me temo que son demasiadas voces para que no se produzcan sentencias contradictorias⁷⁷⁷.

Sea como fuere, el protagonismo de la Audiencia Nacional que sostengo no debe llevar al desapoderamiento de los restantes jueces. La legitimación exclusiva y excluyente atribuida a la CNMC amenaza con dejar fuera del ámbito de aplicación de este procedimiento un buen número de denuncias que, de seguirse la tesis de la exclusividad, quedarían sin respuesta. Es preciso, por este motivo, buscar una vía complementaria de acceso. Una buena opción podría ser la obligación de que cualesquiera otros tribunales se inhiban en favor de la Audiencia Nacional en todos los casos en que, a su juicio, la medida enjuiciada guarde relación con la integridad del espacio económico nacional. De este modo quedaría expedito el control de todas las medidas potencialmente lesivas denunciadas por los particulares sin colapsar por ello la Sala de la Audiencia Nacional, pues el propio juez remitente habrá hecho las veces de filtro⁷⁷⁸.

Recapitulando todo lo anterior, la reforma operada en la LGUM complementa el control efectuado en sede constitucional, confiando la resolución ordinaria de los asuntos relativos a la integridad del espacio económico nacional a un *sistema descentralizado de control* por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. Dentro del mismo ocupa un lugar destacado el procedimiento para la garantía de la unidad de mercado ante la Audiencia Nacional como vía –exclusiva y excluyente– para que la CNMC impugne los asuntos manifiestamente lesivos de la integridad del espacio económico nacional para su tramitación preferente. Pero cualquier otro juez de lo contencioso-administrativo mantiene intacta su capacidad de control a través del régimen general de recursos, para lo cual parece claro que habrá de aplicar los parámetros definidos por la Audiencia Nacional.

⁷⁷⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: <<El contencioso de la unidad...>>, *Ob. Cit.*, p. 951.

⁷⁷⁸ *Ibidem*.

El cambio operado por la LGUM es cualitativo. La nueva regulación quizás no amplíe la capacidad de actuación de los jueces ordinarios, pero sí la orienta y armoniza. Precisamente por este motivo creo que el modelo establecido mejoraría sustancialmente si la decisión sobre el itinerario no estuviera exclusivamente en manos del particular o de la CNMC, obligando a los tribunales a declinar el conocimiento de este tipo de asuntos en favor de Audiencia Nacional. Con esta medida no sólo se evitarían posibles pronunciamientos contradictorios, sino que también se garantizaría la sistematicidad y visibilidad de un número previsiblemente importante de asuntos de este tipo que de otro modo quedarán ocultos en el régimen general de recursos. Se conseguiría, en fin, situar a los particulares en una verdadera posición de vigilantes de la integridad del espacio económico nacional.

11.El juicio de unidad en la LGUM (II): cuestiones materiales

Una vez señalados los avances procesales introducidos por la LGUM para la configuración de un *juicio de unidad* en sentido estricto, la revisión de esta norma debe finalizar con una referencia a las cuestiones materiales. Se trata aquí de comprobar qué conductas pueden llegar a dificultar la libre circulación hasta el extremo, a juicio del legislador nacional, de poner en riesgo la integridad del espacio económico y cuáles son los criterios que deben guiar la actuación jurisdiccional a la hora de tomar una decisión sobre su validez.

El ejercicio es similar al desarrollado en explicaciones anteriores, lo que no debe ocultar la importancia del mismo. El éxito de la LGUM está doblemente condicionado por la posición que ocupa dentro del sistema de garantías:

- a) En tanto norma de desarrollo del artículo 139 de la Constitución, la LGUM debe moverse en los parámetros definidos por la jurisprudencia constitucional sobre esta materia. En este sentido, es cierto que la exigencia no debería plantear demasiados problemas a tenor de la limitada presencia del precepto en la labor del Tribunal Constitucional. Pero en modo alguno puede considerarse que el legislador tenga una

capacidad de actuación libérrima. En su labor, el juez constitucional ha perfilado los rasgos esenciales de lo que puede considerarse un “obstáculo a la libre circulación”. Éstos aparecen ahora como líneas rojas de obligado cumplimiento para la propia noción de obstáculo manejada en sede legislativa.

- b) De manera complementaria, el éxito de la LGUM debe valorarse en atención a su proximidad al sistema comunitario de protección del espacio económico. Sería incoherente que una disposición que reconoce expresamente la influencia de esta experiencia comunitaria terminase por definir un procedimiento de control operativo bajo una lógica distinta. Más aún, la armonía entre los juicios de unidad aplicables en ambos ámbitos aparece como una exigencia del sistema: la fragmentación del espacio económico español origina, por extensión, la del propio de la Unión Europea, por más que la jurisdicción del Tribunal de Justicia no alcance a conocer los asuntos puramente internos. Quizás no sea necesaria la uniformidad de los parámetros de control, pero sí lo es la armonía en sus rasgos básicos. Aun obviando la doble naturaleza –nacional y comunitaria– de los tribunales ordinarios, parece claro que la contradicción entre uno y otro modelos de garantía sería constitutiva en sí misma de un riesgo para la integridad del espacio económico comunitario.

En rigor, ninguna de estas observaciones es novedosa, pero creo que sirven para situar la LGUM y los criterios de control contenidos en la misma. La importancia de la nueva regulación radica en su labor de engarce entre dos sistemas de garantía para la integridad del espacio económico. Su éxito pasa, por tanto, por tener la habilidad para cohonestar el *juicio de unidad* en sentido estricto aplicable por los jueces de lo contencioso-administrativo con el control de tipo competencial efectuado por el Tribunal Constitucional.

11.1 La noción de obstáculo

Las dudas suscitadas por la LGUM en los aspectos analizados anteriormente presentan una importancia relativa en comparación con las que

ha merecido la configuración de la noción de obstáculo. No resulta extraño. Es precisamente en este punto donde la nueva regulación muestra de manera más clara su potencial desregulador. Así, ha optado por una ordenación del *juicio de unidad* que no se conforma únicamente con garantizar la integridad del espacio económico, sino que aspira, además, a asegurar su buen funcionamiento. El mismo legislador estatal no oculta su preferencia por la liberalización de la actividad económica⁷⁷⁹ en lo que constituye una legítima decisión de política económica. Cuestión distinta es que –en lo que aquí interesa– ésta resulte compatible con la noción de obstáculo a la libre circulación apuntada por el Tribunal Constitucional y aun coherente con la propia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Para responder a estas interrogantes es necesario presentar previamente qué entiende exactamente la LGUM por “obstáculo a la libre circulación”. Y es precisamente aquí donde surge la primera dificultad, puesto que, al contrario de lo que podría parecer, la respuesta no es todo lo evidente que podría esperarse. En mi opinión, el texto de la ley muestra claramente la tensión relativa que existe entre los sistemas español y comunitario de garantía del espacio económico. Partiendo en todo caso de la libertad tanto en el acceso como en el ejercicio de la actividad económica, el contenido concreto de aquélla tiene rasgos diferentes según la parte de la LGUM que se tome como referencia.

En ocasiones, la libertad económica aparece en su caracterización más básica, como una prohibición de discriminación por razón del origen geográfico⁷⁸⁰. En estos casos el texto evoca los rasgos espaciales tan profundamente marcados en el ámbito comunitario: el espacio económico sólo se fragmenta cuando una medida perjudica al foráneo frente a su competidor

⁷⁷⁹ En este sentido el apartado primero del Preámbulo: “La necesidad de eliminar (...) los obstáculos y trabas derivados del crecimiento de la regulación ha sido una de las principales demandas que los operadores económicos han venido realizando en los últimos años”.

⁷⁸⁰ Precisamente éste principio encabeza la enumeración de reglas de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación contenida en el Capítulo II de la LGUM. Así, el artículo 3.2 dispone que: “Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico”.

local. El concepto de obstáculo no se comprende sin la presencia de un fin, o al menos un efecto, proteccionista. Lo contrario equivaldría a construir un control judicial basado en un efecto “remoto, indirecto y eventual y, en todo caso, solo presunto”⁷⁸¹.

Pero lo cierto es que esta aproximación espacial a la integridad del espacio económico nacional resulta prácticamente anecdótica. Conforme avanza su descripción, el modelo de garantía va conformando la citada libertad económica como una norma sustantiva que prohíbe prácticamente cualquier regulación sobre el acceso y ejercicio de las actividades económicas⁷⁸². A tenor de la misma, creo que puede afirmarse sin temor a equivocación que tendrán la consideración de obstáculo cualquier disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que limite el acceso o ejercicio de la actividad económica salvo que medie una causa justificativa prevista normativamente, ya sea en la propia LGUM, o en un texto comunitario o internacional. Existe, por tanto, una presunción de invalidez de las actuaciones sobre la actividad económica que no se daba –al menos no de forma evidente– ni en el control desarrollado en sede constitucional, ni en la esfera comunitaria. En estos términos, la noción de obstáculo prevista en la LGUM parece suscitar serios interrogantes acerca de su licitud.

La magnitud de los problemas puede resultar menor desde el punto de vista comunitario, pues no sólo parece claro que este ordenamiento permite que los Estados miembros renuncien a condicionar el acceso y ejercicio de las actividades económicas que tienen lugar en su territorio, sino que la propia LGUM remite al régimen de excepciones a la libre circulación previsto en aquél. Pero la noción de obstáculo definida por el legislador estatal puede encontrar mayores dificultades en su compatibilidad con la propia perfilada por el Tribunal Constitucional. En su interpretación del artículo 139 de la Constitución, la jurisprudencia constitucional manejaba, según se expuso más arriba, una concepción notablemente amplia que, sin embargo, no estaba desprovista de

⁷⁸¹ En este sentido las conclusiones del Abogado General Tesauro a la STJCE de 15 de diciembre de 1993, Huernermund (asunto 292/92), Ap. 8.

⁷⁸² Artículo 16 LGUM: “El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales.”

ciertos límites: la actuación enjuiciada debía buscar o tener por efecto *la mejor posición de un grupo de empresarios respecto de sus competidores, sean estos de la misma o distinta Comunidad Autónoma*⁷⁸³. Aunque habrá que esperar a conocer los ajustes surgidos de la aplicación ordinaria del juicio contenido en la LGUM, este cambio introducido en la noción de obstáculo a la libre circulación resulta discutible desde dos puntos de vista.

En primer lugar, porque afecta a una distinción que hasta la fecha se encuentra en la misma base del control efectuado por el Tribunal Constitucional: la que media entre incidir y obstaculizar la libre circulación⁷⁸⁴. Para el juez constitucional la prohibición del artículo 139 de la Constitución debía alcanzar tanto las conductas que establecen una diferencia de trato sin justificación suficiente como las objetivamente limitadoras de la libre circulación que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que persiguen⁷⁸⁵. Pues bien, el legislador estatal no se ha limitado a tomar esta referencia, sino que la ha transformado para adaptarla a una premisa previa: la libertad de acceso y ejercicio de las actividades económicas. El texto de la LGUM invita a pensar que cualquier limitación a la libertad económica es digna de considerarse un obstáculo salvo que cuente con una habilitación normativa – estatal, comunitaria o internacional– previa, en cuyo caso conformará una incidencia.

El problema teórico de fondo consiste en saber si al legislador le es dado sustituir un sistema basado en la presunción de legitimidad de la actuación enjuiciada, por un control *a posteriori* que obliga al poder público denunciado a demostrar la validez de la misma⁷⁸⁶. La dificultad práctica, en determinar si bajo

⁷⁸³ *Vid. Supra.*, Epígrafe 4.2.

⁷⁸⁴ STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ. 2: "(...) no toda incidencia es necesariamente un obstáculo. Lo será, sin duda, cuando intencionalmente persiga la finalidad de obstaculizar la circulación, pero (...) no sólo en ese caso, sino también en aquellos otros en los que las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas impliquen el surgimiento de obstáculos que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que aquellas persiguen".

⁷⁸⁵ Por todas, la STC 96/2013, de 23 de abril, FJ. 9.

⁷⁸⁶ Ésta es la cuestión principal que trasluce en las críticas y recursos de inconstitucionalidad contra la LGUM. No en vano, el legislador autonómico queda sujeto a unos límites extraordinariamente rigurosos mientras su homólogo estatal puede mantener los medios de intervención administrativa que estime oportunos, a tenor de la doctrina constitucional sobre la falta de vinculación de éste a sus propias regulaciones básicas. El problema ha sido

el nuevo sistema la apreciación de una factura del espacio económico depende únicamente de que la actuación vaya directamente referida a la actividad económica o cabe, por el contrario, controlar cualquier tipo de conductas que generen un efecto lesivo para la misma⁷⁸⁷. Habrá que esperar a conocer los detalles que surjan de la aplicación habitual de la LGUM por parte de los jueces de lo contencioso-administrativo para valorar ambas cuestiones.

Más sencillo parece pronunciarse sobre la compatibilidad del concepto definido en sede legislativa con el enfoque del control efectuado por el Tribunal Constitucional. Ya apunté que es precisamente en este punto donde la LGUM muestra más claramente su potencial desregulador. El conocido como “principio de licencia única” autoriza a los empresarios legalmente establecidos en España para que operen en cualquier parte del territorio nacional sin necesidad de cumplir más requisitos que los previstos en el lugar de origen, incluso cuando en éste no se exija requisito alguno⁷⁸⁸. Una suerte de declaración general, ciertamente confusa, de la vigencia del viejo principio comunitario de reconocimiento mutuo que no está exenta de dificultades⁷⁸⁹.

expresado, entre otros, por REBOLLO PUIG, Manuel: <<La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado...>>, *Ob. Cit.*, p. 77-78.

Es fácil percatarse de que el modo en que el Tribunal Constitucional resuelva este asunto decidirá la validez de la LGUM en su conjunto. Sin perjuicio de esto, el tratamiento de la cuestión no presenta una relación directa con el *juicio de unidad* en sentido estricto que conforma el objeto de este trabajo. Como he indicado en numerosas ocasiones, la idoneidad de los criterios fijados en la LGUM para la comprobación de la existencia de obstáculos a la libre circulación resulta independiente a la decisión de ordenar el funcionamiento de la actividad económica desde la lógica de la liberalización. Aquéllos conforman un instrumento jurisdiccional para garantizar la integridad del espacio económico, mientras que ésta es fruto del ejercicio de la competencia estatal para la dirección unitaria de la economía.

Así las cosas, para el tratamiento de la legitimidad del sistema de control previsto en la nueva regulación desde la perspectiva de la titularidad competencial me remito a los estudios contenidos en REBOLLO PUIG, Manuel: <<La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado...>>, *Ob. Cit.* y TORNOS MAS, Joaquín: <<La Ley 20/2013 de 9 de diciembre...>>, *Ob. Cit.*

⁷⁸⁷ La decisión del Tribunal Constitucional acerca de la fragmentación del espacio económico no sólo dependía de la finalidad de la medida, sino también de los efectos que ésta generaba para el tráfico económico. Sin embargo, la importancia de estos últimos parece haber sido puesta en cuestión por la LGUM, cuyo tenor literal, como se verá más adelante, refiere todas las limitaciones a la actividad económica a los condicionamientos expuestos a la actividad bajo la forma de requisitos normativos.

⁷⁸⁸ Art. 19 LGUM.

⁷⁸⁹ Destacaré únicamente dos. La primera es el tratamiento uniforme que los dos primeros apartados de la LGUM confieren a este principio en su proyección sobre la libre prestación de servicios y la circulación de mercancías. Como se ha indicado con anterioridad, la nueva regulación es rica en referencias y remisiones a la Ley paraguas, orientada específicamente a la libre prestación de servicios, lo que en no pocos casos hace difícil comprender el alcance de

Como es lógico, no tardaron en aparecer voces autorizadas que, aún antes de la aprobación del texto, advertían del riesgo de que esta técnica terminase por instaurar en el Estado de las Autonomías una tendencia de *race to the bottom*⁷⁹⁰ u homogeneidad en torno a la normativa menos exigente. Resulta sobradamente conocido que las entidades públicas colindantes tienen a comportarse como empresas privadas empleando sus poderes en beneficio de su propia población y no en el común de todas ellas, lo que puede derivar en una carrera por fijar el régimen normativo menos exigente que consiga atraer a su territorio el mayor número posible de empresas. Desde esta perspectiva, el peligro del principio de licencia única es que tal carrera no suponga una relajación de la normativa, sino –directamente– la desregulación de la actividad económica, pues ya se ha indicado que el reconocimiento mutuo opera también en los casos en los que no se exige el cumplimiento de ningún requisito en el lugar de origen.

El debate se plantea en unos términos tan hipotéticos que su interés resulta limitado. Ya apunté que, a mi juicio, es erróneo pensar que la regulación autonómica puede tener un peso decisivo en la decisión de traslado de una empresa. Pero aunque lo fuera, la inclusión del principio de licencia única no parece incompatible con la jurisprudencia constitucional vigente hasta la fecha. En términos generales, ésta venía señalando el artículo 139 de la Constitución

algunos artículos a los asuntos relativos a las mercancías. Con todo, más que en el aumento de la complejidad del texto, el verdadero riesgo de esta forma de proceder radica, a mi juicio, en la posibilidad de que el juez ordinario termine desvirtuando el *juicio de unidad* en sentido estricto aplicado a las mercancías mediante la aplicación de técnicas y lógicas que únicamente adquieren sentido desde la perspectiva de la prestación de servicios.

Por lo demás, el segundo grupo de dificultades del principio de reconocimiento mutuo se refiere a su aplicación. El Capítulo VI de la LGUM comienza detallando de manera precisa que la fiscalización de la prestación de servicios corresponderá a la autoridad del lugar de origen en todo lo relativo al establecimiento; y a la autoridad de destino en lo propio del desarrollo de la actividad. Por el contrario, la fabricación de productos queda sujeta en todo caso al control de la autoridad del lugar de producción. Nada dice, sin embargo, acerca del modo en que ambas autoridades –de origen y de destino– se relacionan; cuáles son las consecuencias de una eventual negativa a remitir la información solicitada por el órgano encargado del control; o si se prevé alguna técnica de incentivación, de modo que la autoridad de origen encuentra algún interés en perseguir las actuaciones potencialmente lesivas de la libre circulación. Sería conveniente que la futura regulación de desarrollo mejore el sistema en alguno de estos sentidos.

⁷⁹⁰ El origen de la expresión suele atribuirse al Juez Brandeis en *Ligget Company v. Lee* (288 U.S. 517): “The race was one not of diligence but of laxity. Incorporation under (competing state) laws was possible; and the great industrial States yielded in order not to lose wholly the prospect of the revenue and the control incident to domestic incorporation.”

como una garantía de la actividad económica, y no sólo del propio mercado nacional entendido en términos espaciales. El control efectuado en sede constitucional partía de la potestad del legislador estatal para definir, como garante la unidad, las condiciones básicas de ejercicio de dicha actividad, de tal forma que la constitucionalidad del régimen autonómico dependía de su igualdad sustancial con aquéllas. Pues bien, en esta línea, y dadas las amplísimas potestades del legislador estatal en materia de dirección unitaria de la economía, no parece dudoso que el régimen de liberalización previsto en la LGUM forma parte de tales condiciones básicas, de donde se desprende la ilicitud de cualquier limitación al acceso o ejercicio de la actividad económica previsto en una disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad⁷⁹¹.

A tenor de lo indicado, parece lógico concluir que la LGUM maneja un concepto más extenso de lo que debe considerarse un “obstáculo a la libre circulación” que el propio de las jurisprudencias comunitarias y aún de la constitucional. De menor a mayor alcance, la noción propia del Tribunal de Justicia se contentaba con asegurar la integridad del espacio económico, sin valorar el modo de ejercicio de las actividades de este tipo. Por encima de ésta, el juez constitucional vino a convertir la prohibición del artículo 139 de la Constitución en una garantía de las condiciones básicas de ejercicio de la libertad de empresa. Pues bien, en un último estadio, la LGUM fija una concepción determinada de tales condiciones básicas: la libre iniciativa económica.

La decisión resulta plenamente compatible con la jurisprudencia constitucional que atribuye al legislador estatal el rol de garante de la unidad y su consiguiente competencia de dirección unitaria de la economía. Más discutible es, sin embargo, que la presunción de invalidez de cualquier

⁷⁹¹ Cuestión distinta es si la LGUM puede ser considerada parte integrante del bloque de constitucionalidad para el enjuiciamiento de las leyes autonómicas sin menoscabar en exceso las competencias que éstas han asumido. Problema que a la postre retorna a la difícil cuestión sobre la constitucionalidad del sistema de autorización previa para el ejercicio de las competencias propias a que se hizo referencia en la Nota 784.

actuación pública sobre el acceso o ejercicio de la actividad económica prevista en la LGUM respete de manera adecuada el reparto competencial definido en el bloque de constitucionalidad. A la espera de lo que señale el Tribunal Constitucional, *el sistema fijado en la LGUM obliga a la autoridad demandada a ofrecer razones suficientes para confirmar la validez de su actuación.*

11.2 Los parámetros de control: proporcionalidad y necesidad

Los perfiles prácticamente ilimitados con que el legislador estatal ha querido dotar a la noción de obstáculo manejada en la LGUM sitúa en primera línea el interés por los parámetros que el juez ordinario habrá de aplicar a la hora de decidir si la actuación denunciada constituye una conducta prohibida. Precisamente por este motivo, las páginas que restan se dedican a apuntar tales criterios, en el bien sabido que lo que aquí se exponga debe entenderse necesariamente en términos de provisionalidad, tanto por la inexperiencia que aún existe sobre la aplicación práctica de este *juicio de unidad*, como por la propia situación de la LGUM, pendiente de la resolución de los recursos de inconstitucionalidad presentados por diversas Comunidades Autónomas. Se trata, en fin, de valorar la potencialidad de la nueva regulación, más que de realizar un diagnóstico apurado de la misma.

El esquema general de control definido en la LGUM presenta unos rasgos sencillos: se prohíbe cualquier actuación que pueda suponer una limitación al acceso o ejercicio de la actividad económica. Al mismo tiempo, se admite la posibilidad de que la propia LGUM, el ordenamiento comunitario o un acuerdo internacional vigente en España autoricen excepcionalmente una conducta de este tipo. Sea como fuere, el pilar básico del *juicio de unidad* en sentido estricto propuesta por la LGUM no consiste tanto en el origen de la disposición que sirve de fundamento a la actuación enjuiciada, como en el objeto de ésta. En efecto, la lectura de la nueva regulación parece apuntar la existencia de dos tipos distintos de obstáculos, cada uno de los cuales dispondría de una modalidad específica de control adaptada a sus características.

En tanto que el legislador estatal ha efectuado una apuesta clara por la libre iniciativa económica, no puede resultar extraño que la LGUM señale los medios de intervención administrativa como el núcleo duro del listado de conductas prohibidas. En estos casos la presunción de invalidez alcanzará todo su rigor, exigiendo que la actuación satisfaga determinados requisitos formales y cumpla los principios de necesidad y proporcionalidad.

Fuera de estos supuestos, la LGUM se refiere a las restantes actuaciones que tengan como efecto la limitación de la actividad económica. Para éstas se impone un control manifiestamente laxo y de perfiles imprecisos. A falta de conocer su evolución práctica, la Ley se limita a aseverar que cada autoridad competente se asegurará de que sus actuaciones no provocan tales efectos disgregadores⁷⁹².

11.2.1 El *juicio de unidad* en la LGUM: el control de los medios de intervención administrativa

La existencia de requisitos para el acceso a la actividad económica resulta directamente contraria al intento de configurar un modelo de funcionamiento basado en la libre iniciativa económica. Por esto mismo, la LGUM ha definido un escrutinio extraordinariamente riguroso que arranca de una presunción fuerte de invalidez, vencible únicamente mediante la superación de un juicio de proporcionalidad completo en el que –como se vio– corresponde a la autoridad demandada hacer frente a la actividad probatoria.

a. El fin legítimo o necesidad de la medida

Sin lugar a dudas, la comprobación del juicio de proporcionalidad que ha merecido una mayor atención por parte de la LGUM ha sido la propia del *fin legítimo*. En esta línea, el legislador estatal ha optado por limitar al máximo este tipo de conductas estableciendo un listado cerrado de supuestos legitimadores. Así las cosas, para superar este nivel de control no basta con que la autoridad

⁷⁹² Art. 18.1 LGUM: “Cada autoridad competente se asegurará de que cualquier medida, límite o requisito que adopte o mantenga en vigor no tenga como efecto la creación o el mantenimiento de un obstáculo a la unidad de mercado”.

demandada alegue que el requisito exigido guarda relación con un interés público ligado a sus competencias. Es preciso que la intervención prevista tenga su origen en una “razón imperiosa de interés general”, entendiendo por tal cada una de las definidas e interpretadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y expresamente recogidas en la Ley Paraguas⁷⁹³.

Por si esto no fuera suficiente, la LGUM prevé un requisito adicional de carácter formal en atención al tipo de intervención administrativa que pretenda establecerse. En efecto, consciente de que los efectos limitativos no son iguales para todas las modalidades de intervención, el legislador estatal ha optado por realizar una gradación de la rigurosidad para con la exigencia de una autorización; de una declaración responsable; o de la simple comunicación como requisito de acceso o ejercicio de la actividad económica.

De este modo, la exigencia de autorización queda condicionada al máximo. Ésta sólo resultará válida cuando se satisfagan dos requisitos acumulativos:

- a) El régimen de autorización tenga por objeto la satisfacción de alguna de las razones imperiosas de interés general identificadas en la propia LGUM. Pese a dejar algún cabo suelto⁷⁹⁴, el texto de la Ley es claro en el sentido de remarcar la excepcionalidad del régimen de autorizaciones, previendo únicamente cuatro motivos para el mismo: orden público,

⁷⁹³ El artículo 5.1 de la LGUM remite la relación de supuestos que autorizan la limitación de la actividad económica a lo dispuesto en el artículo 3.11 de la Ley Paraguas. En consecuencia, las únicas causas legitimadoras para este tipo de conductas son las siguientes: el orden público; la seguridad pública; la protección civil; la salud pública; la salud del equilibrio financiero del régimen de seguridad social; la protección de los derechos; la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores; las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales; la lucha contra el fraude; la protección del medio ambiente y del entorno urbano; la sanidad animal; la propiedad intelectual e industrial; la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional; y los objetivos de la política social y cultural.

⁷⁹⁴ En concreto, resulta discutible si la interpretación de cada uno de los supuestos habilitantes debe hacerse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la materia o, por el contrario, presentan un carácter distinto y potencialmente más amplio que sus equivalentes comunitarios. En línea con esta segunda opción, el acuerdo de interpretación alcanzado entre el Estado y la Comunidad Autónoma de País Vasco para descartar este doble condicionamiento. *Vid.*, Apartado 1.b. de la Resolución de 17 de julio de 2014, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

seguridad pública, salud pública; o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad.

- b) La existencia de tal régimen esté contemplada en una norma con rango de ley o, excepcionalmente, en un reglamento cuando se trate de dar cumplimiento a una exigencia comunitaria o a algún compromiso internacional⁷⁹⁵.

En una línea similar, la previsión de que el empresario haya de presentar una declaración responsable como requisito previo al acceso o ejercicio de su actividad queda sujeta a una exigencia intermedia. Por contraposición a los requisitos aplicables al régimen de autorización, la decisión de imponer un medio de intervención de este tipo podrá justificarse en cualquiera de las razones imperiosas de interés general señaladas por la Ley Paraguas⁷⁹⁶. Asimismo, a falta de una referencia expresa en sentido contrario, parece que la habilitación previa que sirve de fundamento a esta decisión no requiere un determinado rango normativo, siendo bastante, por tanto, con su previsión en una disposición reglamentaria.

Este celo en el control sólo se relaja, en fin, en el caso de las actuaciones que exigen la presentación de una comunicación por parte del empresario. Dada su mínima incidencia en la libre iniciativa económica, para la justificación de este tipo de exigencias bastará con que la autoridad demandada alegue la existencia de una razón imperiosa de interés general desprovista de cualquier condicionamiento formal⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ Art. 17.1 LGUM: “Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. (...)”

⁷⁹⁶ Art. 17.2 LGUM: “Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para exigir la presentación de una declaración responsable para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas, cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados.”

⁷⁹⁷ Art. 17.3 LGUM: “Las autoridades competentes podrán exigir la presentación de una comunicación cuando, por alguna razón imperiosa de interés general, tales autoridades precisen conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado.”

A tenor de lo visto, parece que el control sobre el fin legítimo puede operar como un parámetro suficiente para proceder a la eliminación de un número significativo de actuaciones. En los términos en que el legislador estatal la concibe, la actividad económica –y, por tanto, la libre circulación– sólo podrá ser condicionada, incluso en su manera más mínima, cuando sea estrictamente necesario para la salvaguarda de un interés de entidad suficiente para conformar una excepción al propio espacio económico comunitario.

b. La adecuación de la medida

Superado el escrutinio sobre la finalidad de la actuación, el desarrollo del juicio de proporcionalidad habría de llevar al juez de lo contencioso-administrativo a considerar si el modo de intervención elegido resulta adecuado para el logro del fin perseguido.

De forma escasamente sorprendente, la LGUM apenas dedica algún pronunciamiento a este asunto. No parece que tenga sentido que el legislador estatal requiera justificaciones adicionales sobre la adecuación de la medida enjuiciada cuando en el control previo sobre controlar su finalidad ha reclamado la vigencia de una disposición normativa habilitante como presupuesto necesario para el establecimiento de un sistema de autorización o declaración responsable. A lo sumo podrá –y así lo hace la LGUM– reclamar que la Ley por la que se establece un régimen de autorización realice un esfuerzo de motivación, por ser éste el supuesto más directamente contrario al libre acceso y ejercicio de la actividad económica. Por el contrario, la adecuación del sistema de declaración responsable se dará por supuesta por la mera existencia de la normativa que le sirve de fundamento.

El único caso en que la nueva Ley se detiene en explicar con algo más de detalle el control sobre la adecuación de la medida es en la exigencia de presentación de una comunicación previa para el acceso y ejercicio de la actividad económica. En tanto que las decisiones de este tipo no requerían la existencia de una regulación previa habilitante, la LGUM introduce un nuevo requisito: la autoridad demandada habrá de justificar su necesidad de conocer

el número de operadores económicos en el mercado. Sin decirlo expresamente, el legislador estatal ha señalado la única finalidad admisible de este medio de intervención administrativa.

c. La existencia de alternativas menos gravosas y la proporcionalidad en sentido estricto

El último paso para que el condicionamiento del acceso o ejercicio de la actividad económica no sea calificado como un obstáculo consiste en los denominados principios de necesidad y proporcionalidad. Pese a la confusión que pueda generar la denominación empleada en la LGUM, tales principios se refieren a las clásicas exigencias de proporcionalidad e inexistencia de alternativas menos gravosas⁷⁹⁸.

Como se vio en otras partes del trabajo, éste último estadio resulta el más problemático de cuantos integran el *juicio de unidad*. No sólo porque requiere una estimación de los efectos prácticos que la actuación enjuiciada genera en el tráfico económico, sino también porque la valoración de alternativas menos gravosas sitúa al órgano judicial de control en una posición que quizás no le resulta propia.

Habría que esperar a comprobar el desarrollo del juicio en la práctica judicial diaria, pero no creo que sea ingenuo pensar que se cumplen todos los requisitos para que los tribunales de lo contencioso-administrativo entren de lleno al referido juicio sobre los efectos de la medida. Al cabo, este tipo de escrutinios constituye el modo habitual de proceder en los juicios de legalidad; cuentan con las pautas de actuación definidas desde la instancia jurisdiccional comunitaria; y tienen la capacidad de requerir a las partes cuantos elementos fácticos precisen para estimar la incidencia económica de la actuación.

Más discutible resulta la valoración de la existencia de alternativas menos gravosas al medio de intervención elegido. Sin entrar en las dificultades

⁷⁹⁸ Art. 5.2 LGUM: "Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica."

habituales de este tipo de escrutinio⁷⁹⁹, la LGUM parece encontrar otra adicional en la ya comentada exigencia de una normativa habilitante previa para determinados supuestos. Quizás por este motivo el texto se limita a destacar el carácter exclusivo y alternativo de los tres medios de intervención previstos en el mismo: ni éstos resultan acumulables⁸⁰⁰, ni la autoridad competente podrá imponer un régimen de autorización cuando el objetivo pretendido pueda alcanzarse con la presentación de una declaración responsable o de una comunicación⁸⁰¹.

11.2.2 El *juicio de unidad* en la LGUM: el control de las actuaciones que limitan la actividad económica

Al margen de aquellas directamente orientadas a condicionar el acceso o ejercicio de la actividad económica mediante la previsión de algún medio de intervención administrativa, la LGUM también incluye algunos parámetros desde los que enjuiciar cualesquiera otras actuaciones susceptibles de fragmentar el espacio económico. En efecto, el legislador estatal ha querido ofrecer un listado de requisitos prohibidos que no podrán ser utilizados por las autoridades y que van desde el manejo de la residencia como criterio de concesión de ventajas económicas o contratos públicos, hasta la previsión de especificaciones técnicas para la circulación de un producto distintas de las establecidas en el lugar de fabricación⁸⁰².

Sin embargo, la LGUM no dice nada del modo en que haya de procederse en el supuesto de encontrar cualquiera de estas conductas prohibidas más allá de la obligación de los poderes públicos de asegurar su inexistencia. Probablemente porque no cabe esperar que el juez de lo contencioso-administrativo haya de proceder de un modo distinto a como lo hizo en el control de los medios administrativos de intervención. No en vano el

⁷⁹⁹ Sobre esta cuestión, *Vid. Supra.*, Capítulo II, Epígrafe 6.2.

⁸⁰⁰ Art. 17.4 LGUM: “Las autoridades competentes velarán por minimizar las cargas administrativas soportadas por los operadores económicos, de manera que una vez aplicado el principio de necesidad y proporcionalidad de acuerdo con los apartados anteriores, elegirán un único medio de intervención, bien sea la presentación de una comunicación, de una declaración responsable o la solicitud de una autorización.”

⁸⁰¹ Art. 17.1 LGUM.

⁸⁰² Art. 18 LGUM.

problema sigue siendo el mismo que entonces: la exigencia de un requisito formal previo al acceso o al ejercicio de la actividad económica. Quizás el problema de fondo sea la decisión del legislador estatal de propiciar el libre ejercicio de la actividad económico. Un escenario que rechaza de antemano cualquier regulación no parece requerir la configuración de juicios de unidad parcialmente distintos y adaptados a la naturaleza del problema⁸⁰³.

Aun con todo, no creo que el listado previsto en la LGUM resulte inútil. Antes al contrario, tiene un valor didáctico que puede servir para favorecer la posición de vigilante que el nuevo modelo atribuye a los particulares, orientándolos hacia los supuestos con visos reales de fragmentar el espacio económico nacional e instando a su denuncia. Su insuficiencia, claro está, radica en la imposibilidad de desarrollar esta función instructiva respecto de las actuaciones que, sin referirse directamente a la actividad económica, terminan por provocar efectos nocivos para la misma.

En mi opinión, el olvido no es baladí, pues es de suponer que transcurrido un determinado número de años, el foco del *juicio de unidad* no quede fijado tanto en los medios de intervención administrativa, sino precisamente en estas actuaciones que, sin pretenderlo, limitan la libre circulación. Pero esta carencia no debe llevar a concluir que nuestro ordenamiento jurídico no dispone de instrumentos adecuados para hacer frente a este tipo de situaciones. Lejos de ello, la proximidad entre la LGUM y la ordenación del espacio económico comunitario debería llevar a afirmar aún con mayor claridad la aplicabilidad de los parámetros definidos por el Tribunal de Justicia. Si antes de su aprobación los tribunales de lo contencioso-administrativo, en tanto que jueces comunitarios, ya venían obligados a aplicar dicha jurisprudencia, con mayor razón habrán de utilizarla para completar las lagunas que aprecien toda vez que el legislador estatal ha dejado clara su intención de configurar un espacio económico nacional a semejanza del propio de la Unión Europea.

⁸⁰³ Conviene recordar que este aspecto sí se daba en el ámbito comunitario, donde el *juicio de unidad* conoce tres modalidades distintas en atención a su aplicación a las normas reguladoras del acceso al mercado, de las condiciones que deben reunir los productos para su venta, o de ciertas modalidades de venta. *Vid. Supra.*, Capítulo III, Epígrafe 5.

12. Panorámica general: el *juicio de unidad* definido por el legislador

En las páginas anteriores he tratado de poner de relieve la potencialidad de la LGUM para conferir armonía a la relación entre los sistemas español y comunitario de garantía para la integridad del espacio económico. Dejando al margen las –graves– dudas que esta regulación presenta desde la perspectiva competencial, creo que el resultado final de la nueva regulación es positivo, aun cuando presenta debilidades evidentes.

Centrándome únicamente en las de carácter formal, parece claro que la más destacable radica en el sistema pergeñado para la aproximación de las normativas relativas a la actividad económica. Ni la información recíproca, ni el sistema de Conferencias Sectoriales pueden servir para dar solución a un problema de diseño del propio modelo territorial del Estado de las Autonomías. Si hay alguna razón por encima de todas para rechazar la configuración de un sistema de garantía del espacio económico similar al estadounidense, ésta es, sin lugar a dudas, la ausencia de una verdadera Cámara legislativa de representación territorial. A mi juicio, resulta sencillamente imposible plantear que un modelo tendente a exigir fuertes dosis de uniformidad normativa pueda alcanzar un punto de equilibrio adecuado con el obligado respeto al reparto competencial consagrado en el bloque de constitucionalidad cuando las Comunidades Autónomas carecen de mecanismos suficientes de participación en la toma de decisiones a nivel estatal. Este es el problema que, a pequeña escala, subyace tras el sistema protagonizado por el Consejo de Unidad de Mercado.

Pero fuera de la sede política, desde esta perspectiva estricta de la integridad del espacio económico que aquí interesa, creo que la LGUM puede llegar a cumplir notablemente su función de engarce. Hay aspectos ciertamente mejorables, como la superposición de los cauces administrativos y aún judiciales de impugnación; o la mezcolanza de reglas procedentes de la prestación de servicios y la circulación de mercancías. Pero en general la Ley

sale airosa del problema, pues cierra el debate sobre la aplicabilidad de los criterios definidos por el Tribunal de Justicia a asuntos internos.

En mi opinión, el principal acierto de la LGUM consiste en hacer evidente una idea que, pese a su sencillez, quizás pase desapercibida con frecuencia: el juez español debe –por su naturaleza comunitaria– aplicar los parámetros de control definidos por el Tribunal de Justicia a todos los asuntos relativos a la integridad del espacio económico nacional que se le presenten. La operatividad del mercado interior debe llevar a coartar cualquier traza de comportamiento esquizofrénico en la actuación de los órganos jurisdiccionales: no existen dos realidades –estatal y comunitaria– independientes y dotadas de su propia dinámica interna, sino un espacio económico multiniveles en el que las reglas de funcionamiento, sin ser necesariamente idénticas, operan bajo lógicas similares. En fin, la verdadera aportación de la LGUM consiste, a mi juicio, en completar el control normativo –de tipo competencial– efectuado en sede constitucional, con un *juicio de unidad* en sentido estricto que permite a los tribunales ordinarios aplicar técnicas de control definidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, bien por la remisión expresa a las mismas, bien porque la aproximación de ambos sistemas destaca su carácter complementario.

13. Recapitulación

El modelo de garantía de la integridad del espacio económico nacional es esencialmente complejo. Son varios los factores que contribuyen a este resultado. Quizás el más significativo sea la decisión del Tribunal Constitucional de configurar un modelo de control basado esencialmente en la titularidad de la competencia y cuyos parámetros traen necesariamente a la memoria la construcción del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre la base de la cláusula de comercio. Como allí, el modelo español confiere al legislador estatal una posición de garante de la unidad que se traduce en una capacidad prácticamente absoluta para la definición de la actividad económica:

- a) Desde el punto de vista puramente estructural, el artículo 149.1.1ª de la Constitución se ha interpretado como una competencia estatal exclusiva para fijar las condiciones básicas para el ejercicio de la actividad económica, que habrán de ser observadas por las autoridades autonómicas aun en ausencia de regulación.
- b) Centrando la atención en aspectos de índole material, el artículo 149.1.13ª de la Constitución ha visto excedido su propio tenor literal para facilitar que el legislador estatal no sólo pueda definir las líneas de actuación tendientes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial, sino también adoptar las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos.

En su caracterización de la unidad económica el juez constitucional ha terminado por equiparar los principios de unidad de mercado y unidad de la dirección de la política económica: el “mercado” que el Tribunal Constitucional aspira a proteger no es tanto un espacio, sino que se asemeja a un régimen jurídico determinado para el acceso y funcionamiento de la actividad económica. Precisamente por eso, en la jurisprudencia constitucional sobre la integridad del espacio económico no ha habido lugar para la aplicación autónoma del artículo 139 de la Constitución, relativo a la libre circulación económica. Carecería de sentido plantearse si la regulación efectuada desde cualquier instancia autonómica afecta a aquélla de un modo tal que genera la aparición de un nuevo espacio económico –distinto y en competencia con el estatal– cuando tal posibilidad aparece impedida de antemano por el citado artículo 149.1.1ª de la Constitución o, incluso, cuando el Estado dispone de todos los instrumentos necesarios para evitar tales efectos *ex artículo* 149.1.13ª. A fuerza de intensificar el escrutinio sobre la materia –o sección de materia– a que se refiere la regulación enjuiciada, el juez constitucional ha sumido el único precepto directamente relacionado con la el espacio económico –con la unidad de mercado– en el ostracismo.

Pero sería erróneo pensar que la situación que presenta la garantía de la integridad de este espacio obedece exclusivamente a una decisión más o menos desafortunada del intérprete constitucional. El espacio económico

subsiste y la protección de su integridad desde una perspectiva jurisdiccional encuentra una dificultad destacada en el sistema concentrado de justicia constitucional. Por muy perfecto que sea el *juicio de unidad* en sentido estricto aplicado por los tribunales ordinarios, éste encontrará siempre una línea roja infranqueable en el monopolio del Tribunal Constitucional para enjuiciar la validez de las normas con rango de ley. El modelo español de garantía está irremisiblemente dirigido a la configuración del control en torno a dos niveles de funcionamiento paralelo.

13.1 El juicio de unidad en sede constitucional

En el primero de estos niveles el control corresponderá en exclusiva al Tribunal Constitucional, único órgano con jurisdicción para conocer de las disposiciones con rango de ley. Pues bien, si todo lo expuesto en el Capítulo es correcto, creo que pueden señalarse *tres rasgos definitorios del proceso seguido en este nivel de control*, cada uno de los cuales presenta una dificultad específica.

Comenzando por los cauces de impugnación, el control de unidad en sede constitucional se caracteriza por la *ausencia de un procedimiento específico de impugnación*. A diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria, ningún artículo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional define un mecanismo específico por el que hacer llegar a éste las amenazas que para la integridad del espacio económico puedan derivarse de la vigencia de una norma concreta con rango de Ley.

A falta del mismo, y supuesta la validez de la norma denunciada desde el punto de vista de la titularidad competencial –sin la cual no tiene sentido plantear la aplicación del *juicio de unidad*–, los problemas de este tipo tomarán generalmente la forma de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad. El problema es que este modo de proceder que condiciona de manera decisiva el tipo de control que podrá efectuarse en esta sede.

Así, el juicio aplicado en sede constitucional acusa la vigencia del régimen de legitimación activa propio de estos mecanismos, copado

exclusivamente por organismos públicos. Aunque situados en una mejor posición para detectar las amenazas prácticas existentes para la integridad del espacio económico nacional, los operadores económicos ven postergadas sus opciones de hacer llegar este tipo de asuntos al juez constitucional. No en vano, su objetivo queda a expensas de que el juez correspondiente decida interponer una cuestión de inconstitucionalidad o, excepcionalmente, de que el propio Tribunal Constitucional se plantee una cuestión interna de constitucionalidad.

De igual modo, la solución de presentar este tipo de asuntos a través de un recurso de inconstitucionalidad lleva consigo la vigencia de unos plazos de impugnación que resultan extraordinariamente perentorios –tres meses– al tiempo que obliga a realizar un juicio en abstracto. Bien es cierto que la cuestión de inconstitucionalidad puede ofrecer una respuesta suficiente al problema de los plazos, y aún dotar al juez constitucional de los datos necesarios para efectuar un juicio concreto, pero no parece que a este le sea dado alterar la naturaleza de un control definido por el legislador orgánico en términos de un control abstracto.

Fuera de las cuestiones procesales, el segundo rasgo del control de unidad efectuado en sede constitucional pasa por la *noción de obstáculo empleada para la identificación de las conductas prohibidas*. En principio, el filtro aplicado por el Tribunal Constitucional habría de eliminar todas las disposiciones con rango de ley que busquen o tenga por efecto la mejor posición de un grupo de empresarios respecto de sus competidores, sean estos de la misma o distinta Comunidad Autónoma.

Pero este aspecto debe ponerse en consonancia con la opción de la LGUM por configurar el acceso y ejercicio de las actividades económicas en condiciones de libertad. Quizás el legislador básico no pueda imponer al Tribunal Constitucional una determinada interpretación de lo que debe entenderse por “espacio económico nacional”, pero a éste tampoco le es dado actuar de forma incompatible con una decisión legítima derivada de la competencia estatal para dirigir la política económica.

Por más resistencia que haya mostrado el Tribunal Constitucional hacia el manejo de las normas comunitarias como parámetro de validez de las disposiciones internas, el *juicio de unidad* en sede constitucional obliga a tomar como régimen de referencia para el control el definido desde la Unión Europea. La jurisprudencia constitucional debe abrirse a la propia del Tribunal de Justicia sobre las “razones imperativas de interés general”⁸⁰⁴. La comunidad de intereses en que se funda la Unión Europea permite –y debe llevar– al diálogo jurisdiccional⁸⁰⁵. De este modo, habrá de considerarse como obstáculo cualquier norma con rango de Ley que limite el acceso o ejercicio de la actividad económica en los términos definidos en la LGUM, esto es, sin que medie una causa justificativa prevista en dicha Ley, un texto comunitario o un compromiso internacional suscrito por España.

El tercer y último rasgo del *juicio de unidad* en sede constitucional consiste en la *intensidad forzosamente limitada* de este control. Como apunté más arriba, por más que el recurso a la cuestión de inconstitucionalidad permita ofrecer al juez constitucional todos los datos fácticos necesarios para operar un juicio concreto, el escrutinio efectuado en sede constitucional habrá de ser necesariamente un control normativo. El problema no es que el juez constitucional tenga una habilidad mayor o menor para el desarrollo de un juicio más próximo al de legalidad que al propio de constitucionalidad. Sería aventurado hacer una declaración de este tipo cuando la mayor parte de los recursos de amparo requieren un estudio de detalle de las circunstancias del caso. El verdadero problema está, a mi juicio, en que no creo que al juez

⁸⁰⁴ En el mismo sentido, conviene traer nuevamente a colación la opinión de la Magistrada CASAS BAAMONDE –por entonces Presidenta del Tribunal Constitucional– en su Voto Particular a la STC 173/2005, de 23 de junio, ya apuntada en otras partes del trabajo: “la unidad de mercado no sólo viene asegurada a través de las competencias económicas que el bloque de la constitucionalidad reserva al Estado (y de las que mediante los Tratados constitutivos se han cedido a la Unión Europea) sino también, y sobre todo, *mediante una serie de principios que constitucionalizados, en especial en el art. 139.2 CE y comunitarizados, sobre todo en los arts. 39 y ss. TCE, limitan y enmarcan la acción de todos los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias*”.

⁸⁰⁵ En este sentido, para la Unión Europea sería “la manifestación de pluralismo por incorporación (la fórmula más fuerte de pluralismo) más intensa del mundo conocido. El diálogo en su seno es, por tanto, incomparablemente más intenso y profundo que en cualquier otra fórmula de pluralismo constitucional”. BUSTOS GISBERT, Rafael: <<XV propuestas generales ...>>, *Ob. Cit.*, p. 47,

constitucional le sea dado alterar la naturaleza de la función que está ejerciendo. Y ésta es, insisto, la propia de control normativo.

Así las cosas, los elementos fácticos que las partes pudieran hacer llegar al Tribunal Constitucional habrían de tener una eficacia limitada: podrán servir para orientar la actuación del juez constitucional, pero no parece probable que éste pudiera basar su decisión final en los mismos. Mientras el acceso de los asuntos relativos a la integridad del espacio económico siga articulándose a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional habrá de limitar su escrutinio a los aspectos literales de la norma con rango de ley impugnada.

Por las razones expuestas, creo que puede concluirse que el nivel constitucional de control es necesario pero no suficiente para asegurar la integridad del espacio económico nacional.

Necesario, porque es la única vía posible admitida en nuestro sistema constitucional para hacer frente a las lesiones que puedan derivarse de las normas con rango de ley, al tiempo que, por la propia configuración del control normativo, puede hacer las veces de mecanismo de alerta temprana que permita poner fin a los obstáculos directos a la libre circulación aún antes de que éstos muestren sus efectos.

Pero estas mismas características hacen del efectuado en sede constitucional un control *insuficiente*. No tanto por la ausencia de legitimación de los operadores económicos en esta vía, ni aún por la evidencia de que la inmensa mayoría de obstáculos a la libre circulación tienen su origen en disposiciones de rango reglamentario, cuando no en los propios actos de aplicación de la norma. Sendos problemas tienen una solución teórica posible – que no necesariamente operativa– a través de la cuestión de inconstitucionalidad y el procedimiento previsto en el Título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁸⁰⁶. En mi opinión, la insuficiencia deriva,

⁸⁰⁶ Ciertamente, el Título V de su Ley Orgánica permite a dicho órgano conocer de las regulaciones reglamentarias y resoluciones procedentes de alguna Comunidad Autónoma, pero la práctica impugnatoria diaria parece haber desechado esta vía de actuación, circunscribiendo el objeto de control a las referidas disposiciones legales.

en primera instancia, de la imposibilidad de convertir el control normativo en un juicio de caso sin que esto suponga una mutación del propio sistema de justicia constitucional concentrada. Aspecto que encuentra una manifestación más real en el limitadísimo alcance de este control. Teniendo en cuenta todas las variables expuestas, el escrutinio realizado en este primer nivel de control queda limitado a los supuestos de discriminaciones directas, deducidas del propio texto de la norma.

En resumen, la función del Tribunal Constitucional dentro del sistema de protección de la integridad del espacio económico consistirá en depurar el ordenamiento jurídico de cualesquiera normas con rango de Ley que limiten de manera directa el acceso o ejercicio de la actividad económica en los términos definidos en la LGUM, esto es, sin que medie una causa justificativa prevista en dicha Ley, un texto comunitario o un compromiso internacional suscrito por España.

13.2 El *juicio de unidad* en sede jurisdiccional ordinaria

Para las conductas que no tienen cabida en dicho supuesto, la protección de la integridad del espacio económico corresponde a los tribunales de lo contencioso-administrativo, ya sea a través del régimen general de recursos o del procedimiento para la garantía de la unidad de mercado ante la Audiencia Nacional introducido por la LGUM. De la opción por una u otra vía se derivan algunos matices procesales de calado, como la suspensión automática de la actuación impugnada.

Pero al margen de los mismos, interesar referirse a los parámetros que el juez ordinario habrá de utilizar a la hora de decidir sobre la validez de la actuación. Y aquí podemos distinguir diversos juicios de unidad en sentido estricto.

Volviendo la vista a la LGUM –y a falta de resolver su aplicación a los servicios regulados en la Ley paraguas– parece fácil apreciar la existencia de tres procedimientos concretos para cada uno de los supuestos de obstaculización directa que cabe imaginar en nuestro ordenamiento jurídico

una vez fijado el funcionamiento liberalizado de la actividad económica: regímenes de autorización, declaración responsable y comunicación previa. Todos ellos presentan un rasgo común: en tanto que se refieren al acceso a la actividad económica, entran en contradicción directa con el objetivo liberalizador de la Ley, por lo que su control arranca de una presunción de invalidez. De acuerdo con la misma, corresponderá a la autoridad denunciada probar el carácter legítimo del medio de intervención administrativa mediante la superación de un juicio de proporcionalidad de intensidad variable.

13.2.1 El control de las autorizaciones administrativas sobre la actividad económica

Cuando un particular –o, en su caso, la CNMC– denuncia la existencia de un régimen de autorización para el acceso o el ejercicio de una actividad económica, el juez de lo contencioso-administrativo habrá de proceder a la aplicación de un juicio de proporcionalidad riguroso. En atención al mismo, la actuación sólo será válida en tanto que supere una triple comprobación sobre:

- a) Suficiencia normativa de la disposición en que se fundamenta. Como regla general, el régimen de autorización habrá de aparecer previsto en una norma con rango de Ley. Sólo en el caso de que dicho régimen pretenda dar cumplimiento a una disposición comunitaria o internacional será suficiente para superar este escrutinio su inclusión en una disposición reglamentaria.
- b) Presencia de una razón suficiente. La autoridad demandada habrá de justificar que el régimen de autorización resulta necesario para alcanzar alguno de los fines legítimos específicamente señalados en la LGUM: orden público, salud pública, o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad. No parece, además, que sea suficiente con la mera invocación del fin perseguido en el propio proceso judicial, sino que la propia norma habilitante habrá de dar cuenta detallada de los motivos que hacen necesaria esta limitación a la actividad económica.

- c) Proporcionalidad en sentido estricto e inexistencia de alternativas menos gravosas. Como es lógico, el régimen de autorizaciones no podrá suponer unos perjuicios superiores a las ventajas que trata de conseguir. Dado el carácter liberalizador de la LGUM, puede esperarse que el órgano jurisdiccional preste especial atención a los efectos prácticos de la actuación. Sin embargo, no parece sencillo que el juez de lo contencioso-administrativo entre en la valoración de la existencia de alternativas menos gravosas más allá de las pautas básicas indicadas por el legislador: prohibición de acumular medios de intervención y preferencia de aquél que suponga una menor carga administrativa para el particular.

13.2.2 El control de la declaración responsable

La revisión de las actuaciones fundamentadas en la vigencia de un régimen de declaración responsable presenta un grado de intensidad significativamente inferior. También aquí el juez ordinario habrá de proceder a la aplicación de un juicio de proporcionalidad centrado en los mismos aspectos, pero su modo de proceder será más laxo. Así las cosas:

- a) El requisito de suficiencia normativa quedará satisfecho con la mera existencia de una disposición de carácter normativo, siendo suficiente con que el régimen de declaración responsable esté previsto en un reglamento.
- b) El listado de fines legítimos perseguidos también presenta un carácter amplio. Lejos de la rigidez del supuesto anterior, la exigencia de una declaración responsable podrá estar justificada en cualquiera de las razones imperiosas de interés general previstas en la Ley paraguas. Se opera así una primera apertura de nuestro modelo de garantía al propio de la Unión Europea, pues, lejos de dotar de un sentido propio a cada una de dichas razones, el texto legal citado realiza una remisión a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

De manera complementaria, la LGUM no exige que la norma habilitante ofrezca justificaciones adicionales sobre la conveniencia de este medio de intervención.

- c) Por último, el control de la proporcionalidad en sentido estricto se efectuará en los mismos parámetros que en el caso anterior. En esta línea, la LGUM guarda silencio sobre la preferencia del régimen de comunicación previa al propio de la declaración responsable, pero parece sencillo entender que el juez de lo contencioso-administrativo podrá exigirla por su menor carga para los operadores económicos.

13.2.3 El control de la comunicación previa

El último de los obstáculos directos a la libre circulación que resulta imaginable tras la aprobación de la LGUM es la exigencia de una comunicación previa por parte del operador económico como requisito previo al inicio de su actividad. No cabe dudar del carácter testimonial de la limitación que puede derivar de este sistema. Y así parece reconocerlo el legislador estatal, quien define un control de mínimos.

Nuevamente, la base del control efectuado por el juez de lo contencioso-administrativo la constituye el juicio de proporcionalidad. Pero en este caso los aspectos que habrán de revisarse varían ligeramente respecto de lo visto en los juicios anteriores. La validez de la actuación quedará asegurada con la superación de estos controles:

- a) Presencia de una razón imperiosa de interés general en los términos previstos en la Ley paraguas. Exigencia que ahora aparece desprovista de cualquier condicionamiento de carácter formal, lo que invita a pensar que este tipo de controles se dirige frente a las actuaciones espontáneas que pueda realizar cualquier Administración Pública en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas.
- b) Necesidad de la medida. Derivada, sin duda, de la ausencia de habilitación previa y que la LGUM traduce en un mandato concreto: la autoridad demandada habrá de justificar su necesidad de conocer el número de operadores económicos. Dada la amplitud de fines legítimos

admitidos, no parece probable que el manejo de este requisito termine provocando la eliminación de un gran número de exigencias de comunicación previa.

- c) Proporcionalidad en sentido estricto e inexistencia de alternativas menos gravosas. Este último control no presenta ninguna especialidad más allá de su posible carácter redundante al aplicarlo a un medio de intervención que apenas supone una molestia para el interesado y para el que no se conocen alternativas menos incisivas. En fin, es de suponer que el control de los regímenes de comunicación obvie este último paso y centre su análisis en los aspectos anteriores.

13.2.4 El control de los obstáculos indirectos

Sin lugar a dudas, el control de los obstáculos derivados de los efectos de actuaciones no específicamente orientadas al acceso o ejercicio de la actividad económica es el aspecto más deficientemente resuelto de todo el sistema de protección de la integridad del espacio económico. La LGUM ofrece una lista negra de requisitos prohibidos que puede servir como pista para que los operadores económicos exciten el control jurisdiccional sobre este tipo de actuaciones, pero no ha servido para fijar pautas claras de control de cara a los tribunales de lo contencioso-administrativo. En este escenario, podría pensarse que la falta de sistematicidad amenaza nuevamente con convertir el *juicio de unidad* en una cuestión opaca.

En efecto, la necesidad de contar con parámetros claros que permitan a los operadores conocer de antemano qué medidas pueden resultar contrarias a la libre circulación a tenor de sus efectos prácticos no ha desaparecido tras la aparición de la LGUM. Salvo que el régimen jurídico propuesto termine en la absoluta liberalización –tesis que algunos autores parecen suscribir– es evidente que en el día a día seguirán produciéndose casos en los que el acceso y el ejercicio de la actividad económica se vean afectadas de algún modo por actuaciones que pretendían tal objetivo. En estos casos será preciso seguir algún tipo de *juicio de unidad* en sentido estricto que no aparece expresamente previsto en el nivel legislativo.

Pues bien, creo que hay razones para sostener que esta laguna en el control es, en realidad, aparente. En mi opinión, no se entendería que el tribunal de lo contencioso-administrativo dejase de aplicar los escrutinios definidos por la jurisprudencia comunitaria para este tipo de obstáculos. Quizás no sea preciso recurrir a la condición de aquél como juez comunitario, pero es evidente que ésta ofrece un argumento relevante para la conducta que propongo. Y ni siquiera es probable que se precise invocar la intención de aproximación al modelo comunitario que inspiró al legislador estatal para la redacción de la LGUM.

Antes bien, creo que se trata de una consecuencia lógica de esto que he dado en llamar un “sistema multiniveles de protección” del espacio económico. En efecto, basta con atender a la finalidad del proyecto comunitario: conformar un auténtico espacio económico común dotado de todos los elementos que caracterizan este tipo de estructuras, a saber, la libre circulación de personas, capitales, servicios y mercancías y la dirección unitaria de las políticas económicas. Eran precisamente estos parámetros los que diferenciaban la experiencia comunitaria de las clásicas “áreas de libre intercambio” existentes en el plano internacional. Y son los mismos los que llevan a considerar que ese espacio comunitario es excluyente de cualquier otro de características similares que los Estados puedan mantener.

En un modelo que aboga por la integración, la prohibición de competencia entre los distintos miembros parece una regla tácita fundamental, lo que es tanto como decir que, mientras subsistan espacios económicos nacionales, las diferencias radicales entre los sistemas de garantía de éstos constituyen en sí mismas una amenaza para la integridad del propio espacio comunitario. Por eso la Unión Europea reclama unas potestades fuertes de integración positiva. Por eso también los órganos jurisdiccionales deben mantener una visión similar de las conductas que conforman un obstáculo a la libre circulación. Deben contar, en fin, con un *juicio de unidad* en sentido estricto que sea esencialmente igual.

Igualdad que en ningún caso exige uniformidad. A lo largo de todo el trabajo se ha visto que el problema de integridad del espacio económico es una cuestión de tensión, de equilibrio entre la unidad que requiere la eficacia económica y la autonomía que reclaman los modelos con varios niveles de decisión política. La propia experiencia comunitaria demuestra –y quizás ésta sea una de las principales objeciones que cabe hacer a la preferencia por la desregulación de la LGUM– que un cierto grado de diversidad entre los regímenes jurídicos es conveniente para dotar a los consumidores de una mayor capacidad de selección entre productos. Algo parecido debe ocurrir en el plano jurisdiccional en relación con los criterios seguidos para apreciar la existencia de un obstáculo.

Si se hiciera el esfuerzo por compararlos, creo que se verían sin mayores dificultades las semejanzas que hay entre el juicio manejado por el Tribunal de Justicia sobre las medidas que reguladoras de las condiciones de acceso a los mercados nacionales y el propio definido por la LGUM para los regímenes de autorización administrativa previa, expuesto unas páginas más arriba. Ambos afrontan un posible obstáculo al acceso –a un espacio o a una actividad, respectivamente– y deciden enfocarlo desde la misma estrategia: en tanto que la medida es idónea para su utilización con fines proteccionistas, se parte de la presunción de su invalidez y se fuerza a la autoridad demandada a probar lo contrario a través de la superación de un juicio de proporcionalidad riguroso. Los aspectos específicos a controlar varían en uno y otro caso, pero la lógica es la misma. Pese a las diferencias existentes, nadie podrá dudar de que el *juicio de unidad* definido en la LGUM coadyuva a la conformación y mejor funcionamiento del espacio económico comunitario.

Éstas son las razones que me llevan a considerar que el juez de lo contencioso-administrativo no está capacitado para tomar los parámetros de control definidos por el Tribunal de Justicia con ocasión de los obstáculos surgidos de las medidas que no se dirigen de modo específico a la actividad económica. Está obligado a hacerlo. La situación sería distinta si el legislador estatal hubiera de su margen de actuación para definir unos parámetros relativamente diferentes. Pero, al no hacerlo, la integridad del espacio

económico comunitario demanda que el juez ordinario recurra a las pautas que le son conocidas, esto es, a los parámetros definidos por el Tribunal de Justicia. De lo contrario corre el riesgo de que su actuación resulte disonante no sólo respecto del sistema de garantía estatal, sino también del comunitario.

A modo de síntesis, la respuesta que el sistema de protección español ofrece a los obstáculos indirectos a la libre circulación no es la de la indiferencia o falta de sistematicidad. En un modelo de control abierto como es el propio de los sistemas multiniveles, creo que el silencio de la LGUM debe interpretarse como una remisión a los parámetros definidos por el juez comunitario para este tipo de asuntos: los controles sobre las medidas definitorias de las características que deben cumplir los productos y la propias de regulación de determinadas modalidades de venta. A falta de unas reglas propias sobre este asunto, no parece absurdo acudir a las técnicas definidas por el órgano que cierra el sistema jurisdiccional de garantía de la integridad del espacio económico comunitario.

CONCLUSIONES

1. “Mercado” y “Estado” son dos realidades correlativas que se exigen de forma recíproca. Cualquier organización estatal habrá de contar con un espacio económico dentro del cual pueda desarrollarse la actividad comercial en términos de seguridad jurídica. Y la experiencia de estos años de crisis económica debiera bastar para advertir las exigencias de estabilidad que reclama la actuación de los operadores económicos.

Cualquier espacio económico es, por definición, excluyente y maleable. Un cierto grado de diversidad en el modo de desarrollar la actividad económica puede contribuir a que un espacio económico alcance cotas más altas de eficacia. Sin embargo, la aparición de un régimen jurídico suficientemente diferenciado como para entrar en competencia con el propio de referencia para la totalidad del Estado provocará la fragmentación del espacio económico. El problema de la integridad es, por tanto, una cuestión del grado de diversidad jurídica admisible.

2. Como es lógico, la garantía de la integridad del espacio económico encuentra especiales dificultades en los modelos políticamente descentralizados. El carácter transversal de la economía conduce a que la práctica totalidad de decisiones que puedan tomarse en cualquier materia repercutan –directa o indirectamente– en el ejercicio de la actividad económica. En los modelos territorialmente complejos existe una tensión inherente entre los principios de *unidad económica* y *autonomía política* que sólo se resuelve mediante la articulación de suficientes técnicas de equilibrio. En general, los modelos políticamente descentralizados conocen dos mecanismos llamados a alcanzar tal equilibrio.

De una parte, es frecuente que el reparto competencial reserve al nivel general de gobierno todas las potestades necesarias para definir el régimen jurídico de referencia que habrá de observarse para el ejercicio de la actividad económica en cualquier parte del territorio nacional. Sin ser necesariamente lo

mismo, este nivel también cuenta con una capacidad de *dirección unitaria de la política económica* orientada a desarrollar estrategias generales o específicas sobre el funcionamiento del sistema económico. Por su conexión con la sede legislativa, este mecanismo suele calificarse como “*garantías políticas*”.

De otra parte, los textos constitucionales de este tipo de Estados suelen incluir una garantía expresa de las cuatro libertades económicas de circulación: personas, mercancías, servicios y capitales. A resultas de su carácter esencial para la existencia del espacio económico, la adopción de medidas que obstaculicen, de forma directa o indirecta, cualquiera de aquellas libertades está prohibida. En cualquier caso, es evidente que la presencia de un interés legítimo suficientemente importante podrá justificar la excepción de esta regla para un caso concreto. A tenor de los rasgos técnico-jurídicos de este mecanismo, es frecuente referirse al mismo como “*garantías jurisdiccionales*”.

3. Dentro de las garantías jurisdiccionales ocupa un lugar destacado el *juicio de unidad*, entendido como el procedimiento jurisdiccional para el control de las actuaciones potencialmente lesivas de la integridad del espacio económico por constituir un obstáculo a la libre circulación. Por sus rasgos propios, este escrutinio se aproxima a un juicio de legalidad y toma el esquema procesal propio de las discriminaciones por razón del origen geográfico. A lo largo del trabajo se ha procedido al estudio del mismo en atención a una libertad económica concreta –la libre circulación de mercancías– y a través de su conformación en distintos ordenamientos jurídicos: estadounidense, comunitario y español.

4. El sistema estadounidense fue pionero en la configuración de un sistema para la garantía de la integridad del espacio económico nacional. Sobre la base de la denominada “cláusula de comercio interestatal”, el intérprete constitucional ha definido una estructura de protección integrada por los mismos mecanismos señalados anteriormente. A la esforzada labor jurisdiccional del Tribunal Supremo de este país debemos un buen número de los elementos técnicos del control: desde la caracterización de los problemas relativos a la integridad del espacio económico nacional como una

discriminación basada en el origen geográfico del bien, hasta la distinción entre las medidas directamente o indirectamente obstaculizadoras de la libre circulación de éstos. También las distintas estrategias existentes para garantizar la integridad del espacio económico.

5. En cualquier caso, el Tribunal Supremo estadounidense ha mostrado una clara preferencia por el recurso a las “*garantías políticas*” de la integridad. Bajo la denominación de “cláusula de comercio positiva”, ha conformado una competencia federal de alcance prácticamente omnicomprendivo para la regulación del funcionamiento de la economía nacional. En este modelo, el equilibrio entre la unidad económica y la autonomía política descansa tanto en la capacidad de los representantes estatales para incorporar este tipo de intereses a los procesos federales de toma de decisiones, como en la doctrina de la *pre-emption*. La integridad del espacio económico nacional queda asegurada principalmente en sede competencial, de la que resulta un ámbito reducido de potestades exclusivas para los legisladores estatales. Ciertamente, el contenido de la medida enjuiciada podrá ser sometida a un juicio de proporcionalidad, pero se trata de un control de razonabilidad del que se desprende un amplio grado de tolerancia con el legislador.

6. Con todo, las deficiencias de esta técnica competencial de control han dado lugar a un desarrollo de las “*garantías jurisdiccionales*” bajo la forma de un *juicio de unidad* en sentido estricto. A partir de 1937 el Tribunal Supremo inició un control basado en la intencionalidad y efectos de la actuación enjuiciada que no parece haber alcanzado un grado de perfeccionamiento técnico equiparable al propio de otros sistemas comparados. La labor jurisdiccional del Tribunal Supremo aparece como complemento a la remoción de los obstáculos efectuada por el sistema de “*garantías políticas*”.

7. En atención al *juicio de unidad* estadounidense, las “medidas discriminatorias” –definitorias de un régimen jurídico más gravoso para los operadores foráneos– vienen sujetas a una presunción de invalidez. Es obligación del Estado demandado demostrar su carácter lícito mediante la superación de un juicio de proporcionalidad extraordinariamente riguroso.

Por el contrario, la validez de las “actuaciones obstaculizadoras” – generadoras de efectos limitativos más onerosos para los empresarios de fuera del Estado– dependerá de la aplicación de un juicio de proporcionalidad clásico relativo a la legitimidad del fin perseguido, la adecuación del medio escogido, así como a una ponderación de los efectos restrictivos respecto de las eventuales ventajas que no alcanza a incluir la existencia de alternativas menos gravosas. En este último extremo, el modelo estadounidense parece preferir que sea el poder legislativo federal el que, en su caso, proceda a remover el obstáculo detectado con la alternativa menos gravosa que considere adecuada.

8. El sistema para la protección del espacio económico comunitario se mueve en unos parámetros muy distintos. Primeramente, porque por más que su naturaleza resulte especial, la Unión Europea sigue siendo una organización internacional cuyas posibilidades de actuación resultan limitadas en comparación con las propias de cualquier Estado. Pero, además, porque el espacio económico que se intenta proteger en este modelo carece de la tradición y nivel de perfeccionamiento que están presentes en los propios de los Estados. El espacio económico comunitario aún sigue inmerso en un proceso de conformación que exige que los distintos Estados miembros vayan removiendo las medidas que dificultan el acceso de los productos a sus respectivos espacios nacionales.

Consecuencia de lo anterior es que el modelo de protección vigente en la Unión Europea ha conocido un notabilísimo desarrollo de las “garantías jurisdiccionales”. Sin restar importancia a la aproximación normativa alcanzada a través de los mecanismos de integración positiva previstos por los Tratados fundacionales, el protagonismo del sistema corresponde al Tribunal de Justicia y su *juicio de unidad* en sentido estricto. Desde sus inicios, el juez comunitario ha encontrado su ámbito propio de actuación en la fiscalización de las medidas lesivas de la libre circulación, por lo que no puede sorprender que todos los elementos que conforman aquél procedimiento de control se encuentren perfilados hasta las últimas consecuencias. El *juicio de unidad* propio de la

esfera comunitaria supone un estudio detallado de todas las características que rodean a la medida impugnada.

9. Comenzando por el concepto de obstáculo a la libre circulación, el Tribunal de Justicia ha optado por una caracterización amplia basada exclusivamente en los efectos prácticos de la actuación enjuiciada. La aplicación del *juicio de unidad* exige un cierto efecto discriminatorio: procederá respecto de cualquier actuación pública que tenga por efecto la mejor posición de los empresarios locales frente a sus competidores procedentes de otro Estado miembro. Un alcance genérico que, sin embargo, no se traduce en la existencia de un procedimiento estándar de control. La jurisprudencia comunitaria ha distinguido tres clases distintas de obstáculos, cada una de las cuales conocerá un procedimiento específico adaptado a sus propios caracteres.

10. Las medidas referentes al acceso de los productos al mercado nacional constituyen el ejemplo paradigmático de obstáculos a la libre circulación. Al cabo, cuando las disposiciones de este tipo provocan la peor situación de los empresarios foráneos resulta sencillo apreciar la existencia de una discriminación directa en atención al origen geográfico. De ahí que su validez quede ligada a un régimen de control esencialmente idéntico al desarrollado en el ámbito estadounidense: este tipo de conductas quedan automáticamente sujetas a una presunción de invalidez con el consiguiente juicio – extraordinariamente riguroso– de proporcionalidad en el que la carga de la prueba corresponderá al Estado demandado.

Como primer requisito para su validez, la medida reguladora del acceso habrá de estar fundamentada en alguno de los intereses legítimos específicamente recogidos en el artículo 36 TFUE, que el Tribunal de Justicia se ha encargado de interpretar de manera restrictiva. Además, aquélla deberá suponer un medio adecuado para la consecución de este interés y, especialmente, habrá de resultar proporcionada en cuanto a sus efectos sobre la libre circulación. Quizás sea este último el aspecto más destacado del control aplicado por el Tribunal de Justicia: el razonamiento sobre la proporcionalidad

no depende de valoraciones abstractas, sino de un esfuerzo por conocer la situación concreta del asunto, remitiéndolo, si así resultase necesario, al juez nacional, mejor posicionado para el estudio de los datos fácticos concretos que puedan ser de relevancia.

11. En segundo lugar, las normas definitorias de las características que deben cumplir los productos para su venta en el territorio nacional también quedaran sujetas al juicio comunitario de unidad cuando se acredite su efecto diferenciado y peyorativo para los operadores foráneos. En cualquier caso, la menor idoneidad de este tipo de comportamientos para provocar la fragmentación del espacio económico comunitario se traduce tanto en una menor intensidad del control, como en la modulación de los efectos de la decisión del Tribunal de Justicia.

Pueden destacarse dos diferencias principales en comparación con la intensidad del control manejado en el supuesto anterior. Para empezar, las normas reguladoras de las características de los productos no quedan sujetas a una presunción de invalidez. Pero, además, el juez comunitario no ha tenido reparos en admitir su justificación desde la promoción de alguno de los intereses legítimos previstos en el artículo 36 TFUE, pero también de cualquiera de las “exigencias imperativas de interés general” definidas en su jurisprudencia. Fuera de estos aspectos, el Tribunal de Justicia mantiene su modo de proceder tanto en la apreciación de la idoneidad de la medida, como en la propia de su proporcionalidad. Sólo cuando el legislador nacional impone una prohibición absoluta para la comercialización de un producto cabe apreciar una relativa variación del *juicio de unidad*.

Frente a esta proximidad en la estructura, la modulación de los efectos de la decisión del Tribunal de Justicia sí resulta una especialidad exclusiva del escrutinio de las medidas reguladoras de las características de los productos. La aplicación de un control férreo podría dar como resultado una uniformidad de los productos incursos en el mercado comunitario que no sólo resulta innecesaria para mantener la integridad de éste, sino que limitaría de manera evidente la capacidad de elección de los consumidores. Teniendo esto en

mente, la identificación de un obstáculo a la libre circulación que tenga su origen en la regulación de las características de los productos no provoca la obligatoria derogación de la norma, sino su mera inaplicación a los productos en libre tránsito comunitario.

12. Por último, el Tribunal de Justicia ha definido un *juicio de unidad* específico para las normas reguladoras de ciertas modalidades de venta, esto es, aquéllas que, sin referirse específicamente al producto, afectan tangencialmente a su comercialización al definir las condiciones en que debe desarrollarse la actividad comercial entendida en un sentido amplio (horarios de apertura, promoción, etc.).

Desde *Keck* la actuación del juez comunitario en este tipo de asuntos ha seguido una línea clara: en la medida en que el demandante consiga probar la existencia de unos efectos prácticos diferenciados y más perniciosos para el operador foráneo, procederá la aplicación del mismo *juicio de unidad* que resulta propio de las normas reguladoras de las características que deben reunir los productos. No se admite, sin embargo, la mera inaplicación de la regulación que el Tribunal de Justicia ha declarado como origen del obstáculo.

13. Pese a todo lo anterior, el *juicio de unidad* definido en sede comunitaria no basta por sí mismo para asegurar la integridad de este espacio económico supranacional. Lo haría si el mismo tomase la forma de cualquiera de las áreas de libre intercambio que existen en el plano internacional. Pero el mercado interior aspira a unas cotas más altas de integración que obligan a su utilización como de referencia en los sistemas de garantía para la integridad del espacio económico de todos y uno de los Estados miembros. Tal es el caso de España.

14. El modelo español para la garantía de la integridad del espacio económico nacional resulta extraordinariamente complejo y podría decirse que paradójico. A estos efectos, la participación de un país en el proyecto comunitario provoca su configuración como un "*sistema dependiente*" de garantía del espacio económico, de suerte que parece obligado tomar como régimen de referencia para apreciar la fragmentación de aquél, el propio del ordenamiento comunitario. Un entendimiento correcto de la pre-emption

operativa en el ámbito comunitario lleva a reconocer que nuestro espacio económico nacional no se relaciona con el mercado interior en términos de alteridad, sino de complementariedad. Hay razones suficientes para defender que los criterios seguidos para declarar la existencia de un obstáculo a la libre circulación intracomunitaria pueden resultar igualmente aplicables a los asuntos referidos al tráfico interno de mercancías. Y, sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha insistido en su tratamiento separado, lo que, a mi juicio, no deja de ser un comportamiento potencialmente lesivo de la integridad.

15. Es preciso superar este tipo de aproximaciones. El *juicio de unidad* comunitario debe resultar reconocible en el propio que la LGUM perfila para nuestro modelo. Se trata, en fin, de alcanzar una compatibilidad que respete las especialidades propias del modelo constitucional español.

16. Desde el punto de vista de su *estructura*, el rasgo propio que con mayor notoriedad incide sobre el control de las actuaciones potencialmente lesivas de la integridad del espacio económico es la previsión de un *modelo concentrado de justicia constitucional*.

17. El monopolio del Tribunal Constitucional para revisar las disposiciones con rango de Ley obliga a reservar a este órgano el análisis de todas normas con rango de Ley que limiten de manera directa el acceso o ejercicio de la actividad económica en los términos definidos en la LGUM, esto es, sin que medie una causa justificativa prevista en dicha Ley, un texto comunitario o un compromiso internacional suscrito por España.

Fuera de este caso, la protección de la integridad del espacio económico es una labor propia de la *jurisdicción contencioso-administrativa*. Frente a la legitimación activa tan restringida del control en sede constitucional, el acceso de este tipo de asuntos al juez ordinario conoce, tras la reforma introducida por la LGUM, dos vías posibles: el régimen general de recursos y el procedimiento específico para la garantía de la unidad de mercado ante la Audiencia Nacional.

18. Por otro lado, el *juicio de unidad* aplicado en España encuentra otro rasgo característico de interés en una decisión de política económica general adoptada por parte del legislador estatal: *el libre acceso y ejercicio de la actividad económica en todo el territorio nacional*. En línea con esta estrategia, la LGUM define dos modalidades de control de las actuaciones públicas en atención a su carácter directo o indirecto sobre dicha actividad.

19. El control de los medios de intervención administrativa recuerda al *juicio de unidad* aplicado por el Tribunal de Justicia a las normas reguladoras del acceso de productos, por más que el espíritu liberalizador de la LGUM impida exigir que la existencia de unos efectos más gravosos centrados en los operadores foráneos. De este modo, la labor del juez ordinario arranca de una presunción de invalidez de la medida porque los regímenes de autorización previa, declaración responsable o simple comunicación constituyen medio idóneos –de distinta intensidad– para dificultar el acceso de nuevos operadores económicos.

Sin entrar en pormenores, la utilización válida de cualquier medio de intervención administrativa requiere la superación de un juicio estricto de proporcionalidad en el que la autoridad demandada habrá de probar la presencia de un interés legítimo, el carácter adecuado del medio elegido y la proporcionalidad de los efectos del mismo en comparación con los beneficios. En este proceso la LGUM deja abierta la posibilidad de que el tribunal contencioso-administrativo se pronuncie sobre la sustitución del medio elegido por otro menos incisivo.

20. Por su parte, el *juicio de unidad* para el control de las actuaciones públicas que afecten a la integridad del espacio económico de un modo indirecto no ha recibido tratamiento expreso en la LGUM. En mi opinión, este silencio legislativo debe entenderse como una admisión de la aplicación supletoria de los procedimientos definidos por el Tribunal de Justicia para el análisis de las normas reguladoras de las condiciones que deben reunir los productos y de ciertas modalidades de ventas. En cualquier caso, el espíritu liberalizador de la LGUM no parece admitir una modulación de los efectos de la

sentencia. Dado el carácter general con que se reconoce la libre iniciativa económica, la apreciación de un obstáculo a la libre circulación habrá de llevar necesariamente a la eliminación de la actuación causante del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, Kathryn: <<The Dormant Commerce Clause and California's Low Carbon Fuel Standard>>, en *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, Vol 3, 2013, pp. 195-196.
- ABEL, Albert S.: <<The commerce clause in the Constitutional Convention and in contemporary comment>>, en *Minnesota Law Review*, 25, 1940-1941.
- ADLER, Jonathan: <<Is Morrison dead? Assessing a Supreme Drug (Law) overdose>>, en *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 9, 2005, p. 761.
- AJA FERNÁNDEZ, Eliseo y CARRERAS SERRA, Francesc: <<Carácter de las leyes de armonización>>, en *Revista de Derecho Político*, Núms. 18-19, 1983, pp. 59-75.
- AJA FERNÁNDEZ, Eliseo, et. al.: *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1986.
- AJA FERNÁNDEZ, Eliseo: "El artículo 149.1.1 de la CE como cláusula de cierre del principio de igualdad social", en *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias: Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*. Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1992.
- AJA FERNÁNDEZ, Eliseo: <<La reforma constitucional del Senado para convertirlo en una Cámara autonómica>>, en AJA FERNÁNDEZ, Eliseo; ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch; y RUIZ RUIZ, Juan José: *La reforma Constitucional del Senado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 11-31.
- AJA FERNÁNDEZ, Eliseo, GARCÍA ROCA, Javier; y MONTILLA MARTOS, José Antonio: <<Valoración general del Estado Autonómico en 2014>>, en AJA FERNÁNDEZ, Eliseo; GARCÍA ROCA, Javier; y MONTILLA

- MARTOS, José Antonio: *Informe Comunidades Autónomas 2014*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2015, pp. 29.
- ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch: *Autonomia política y unitat econòmica. Les dimensions constitucional i europea de la lliure circulació i de la unitat de mercat*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1993.
- ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch, FOSSAS ESPADALER, Enric; y CABELLOS Miguel Ángel: <<El principio de subsidiariedad en la Unión Europea>>, en ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch, FOSSAS ESPADALER, Enric; y CABELLOS Miguel Ángel: *El principi de subsidiarietat a la Unió Europea. La seva consagració en el Tractat per qual s'estableix una constitució per a Europa i les perspectives per a les regions amb poders legislatius i, en especial, per als seus parlaments*,
- ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Sistema jurídico de la Unión Europea*. Cizur Menor. Thomson Civitas, 2010.
- ALONSO MÁS, María José: <<El marco comunitario: las libertades de establecimiento y prestación de servicios>>, en ALONSO MÁS, María José (Coord.): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 45-84.
- AMATO, Giuliano: <<Il mercato nella Costituzione>>, en *Quaderni Costituzionali*, Núm. 1, 1992.
- ARAGÓN REYES, Manuel: *Libertades económicas y Estado Social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- ARAGÓN REYES, Manuel: <<Prólogo>>, en DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

- ARENA, Amedeo: *The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen*, Jean Monnet Working Paper, New York University, 2010. Disponible en <http://goo.gl/cBIQQ6>
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis: *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- ARMSTRONG, Kenneth y BULMER, Simon: *The Governance of the Single European Market*, Manchester University Press, Manchester 1998.
- BAQUERO CRUZ, Julio: *Entre competencia y libre circulación. El derecho constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.
- BAKER, Lynn: <<Putting the politics back into the political safeguards of Federalism>>, en *Villanova Law Review*, Núm. 46, 2001, pp. 951-974.
- BALASSA, Bela: *The Theory of Economic Integration*, Homewood, Richard D. Irwin, 1961.
- BALKIN, Jack M., y LEVINSON, Sanford: <<Understanding the Constitutional Revolution>>, en *Virginia Law Review*, Vol. 87, 2001, pp. 1045-1104.
- BARNARD, Catherine: *The substantive law of the EU. The four freedoms*. Segunda Edición. Oxford y Nueva York. Oxford University Press, 2007.
- BARNÉS, Javier: <<El principio de proporcionalidad: estudio preliminar>>, en *Cuadernos de Derecho Público*, Núm. 5, Monográfico sobre “El Principio de Proporcionalidad”, INAP, 1998, p. 15-49.
- BASTRESS, Robert: <<El principio de la “alternativa menos restrictiva” en Derecho constitucional norteamericano>>, en *Cuadernos de Derecho Público*, Núm. 5, Monográfico sobre “El Principio de Proporcionalidad”, INAP, 1998, p. 239-254.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio: *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*,

Segunda Edición, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

BORRAJO INIESTA, Ignacio: *Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio en la Constitución de EE.UU.*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986.

BIGLINO CAMPOS, Paloma: <<En los orígenes del federalismo: la formación del modelo norteamericano>>, en VV.AA.: *La democracia constitucional*, Vol. II, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002, p. 1131-1170.

BIGLINO CAMPOS, Paloma: *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

BLASI, Vincent: <<Constitutional Limitations on the Power of States to Regulate the Movement of Goods in Interstate Commerce>>, en SANDALOW, Terence y STEIN, Eric, *Courts and Free Markets*, Vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1982.

BORK, Robert H. y TROY, Daniel E.: <<Locating the boundaries: the scope of Congress's power to regulate commerce>>, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 25, 2001-2002, pp. 855 y ss.

BUCHANAN, James: <<Europe as a social reality>>, en *Constitutional Political Economy*, Vol. 7, Núm. 4, 1996, pp. 253-256.

BUSTOS GISBERT, Rafael: <<XV propuestas generales para una teoría de los diálogos judiciales>>, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012, pp. 13-63.

- CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel: *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho Comunitario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio: *Autonomía política y unidad de mercado en la Constitución española de 1978*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro; SECCOMBE, Monica; y WEILER, Joseph: *Integration through Law: Europe and American Federal experience*, Walter de Gruyter, Berlín, 1986.
- CAROZZA, Paolo: <<Subsidiarity as a structural principle of International Human Rights Law>>, *American Journal of International Law*, 97(38), 2003, pp. 38-79.
- CARRASCO DURÁN, Manuel. *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica. Una aproximación a la interpretación jurisprudencial del artículo 149.1.13 de la Constitución*, Tirant lo Blanch e Instituto de Estudios Autonómicos, Valencia, 2005.
- CASSESE, Sabino: *La nuova costituzione economica: lezioni*. Bari. Laterza, 2004.
- CHEMERINSKY, Erwin: <<Substantive Due Process>>, en *Touro Law Review*, Vol. 15, Núm. 4, 1999.
- CIDONCHA MARTÍN, Antonio: *La Libertad de Empresa*, Thomson–Civitas, Navarra, 2006.
- CIDONCHA MARTÍN, Antonio: <<La unidad económica antes y después de la STC 31/2010>>, en *Revista General de Derecho Constitucional*, Núm. Extra. 13, 2011.

- CINLAN, Timothy: *From New Federalism to Devolution: Twenty-five years of Intergovernmental Reform*, Brookings Institution Press, Washington, 1998.
- COASE, Ronald: <<Notas sobre el problema del coste social>>, en *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Económica, Madrid, 1994.
- COLLINS, Richard: <<Justice Scalia and the elusive idea of discrimination against interstate commerce>>, en *New Mexico Law Review*, Vol. 20, 1990.
- CORWIN, Edward: <<The passing of dual federalism>>, en *Virginia Law Review*, Vol. 36, Núm. 1, 1950.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis: <<Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de derecho comunitario europeo y los principios generales del derecho público económico>>, en VV.AA: *Estudios de Derecho Público Económica. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 109-137.
- CRAIG, Paul: <<The evolution of the Single Market>>, en BARNARD, Catherine; y SCOTT, Joanne (Eds.): *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford, 2002.
- CRAIG, Paul; y DE BÚRCA, Grainne: *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 1998.
- CROSS, Eugene: <<Pre-emption of member state law in the European Economic Community: a framework for analysis>>, en *Common Market Law Review*, 29, 1992, p. 447-472.
- DAVIES, Gareth: <<Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time>>, en *Common Market Law Review*, 43(63), 2006, pp. 63-84.
- DE BÚRCA, Gráine: <<Legal principles as an instrument of differentiation? The principles of proportionality and subsidiarity>>, en DE WITTE, Bruno et.

al., (Eds.): *The Many Faces of Differentiation in EU Law*. Nueva York. Intersentia, 2001, pp. 131-144.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Unidad económica y descentralización política (Libre circulación de mercancías y control judicial en EEUU y en la Unión Europea)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *El sistema europeo de distribución de competencias. Garantías políticas y garantías jurídicas de un ámbito propio de decisión de los Estados miembros de la Unión Europea*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: *Mercado nacional único y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2008.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: <<La libre circulación de mercancías en los sistemas políticos descentralizados: ¿garantía de la libertad económica o prescripción del proteccionismo?>>, en *Civitas. Revista española de Derecho Europeo*, Núm. 35, 2010, pp. 365-408.

DE OTTO Y PARDO, Ignacio: <<Estudios sobre Derecho estatal y autonómico>>, en FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio (Coord.): *Ignacio de Otto y Pardo. Obras completas*, Universidad de Oviedo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010, pp. 769-770.

DI PLINIO, Giampiero: *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*. Milano. Giuffré, 2005.

DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier: <<El futuro del sistema competencial comunitario: algunas propuestas de reforma>>, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y ALONSO GARCÍA, Ricardo (Dirs.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea, Seminario Internacional organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de*

Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2001, Madrid. Civitas, 2002.

DOWLING, Noel: <<Interstate commerce and State power>>, en *Virginia Law Review*, Vol. 27, 1940.

DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos: <<Las Conferencias Sectoriales>>, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 79, pp. 113-153.

EDWARDS, Denis: <<Fearing federalism”s failure: subsidiarity in the European Union Fearing federalism”s failure: subsidiarity in the European Union>>, en *American Journal of Comparative Law*, 44(4), 1996, p. 538-579.

ELY, James W.: *The guardian of every other right. A constitutional History of Property Rights (Bicentennial Essays on the Bill of Rights)*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, Capítulo 2: “The revolutionary Era, 1765-1787”.

EMILIOU, Nicholas: *The principle of proportionality in European law: a comparative study*. Londres. Kluwer Law International, 1996.

ESSER, Josef: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch Editorial, Barcelona, 1961.

EZQUERRA UBERO, José Javier: *La jurisprudencia “Cassis-Keck” y la libre circulación de mercancías*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: <<La larga marcha por la libertad de empresa>>, en VV.AA.: *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2009, pp. 161-184.

FERNANDO PABLO, Marcos: <<Unidad de mercado, discriminaciones inversas y el papel del Tribunal Constitucional>>, en *Noticias de la Unión Europea*, Núm. 317, 2011.

FERRERES COMELLA, Víctor: <<La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración del Tribunal Constitucional>>, en LÓPEZ CASTILLO, Antonio; SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro; y FERRERES COMELLA, Víctor: *Constitución española y Constitución europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004 de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

FORBATH, William E.: <<The New Deal Constitution in exile>>, en *Duke Law Journal*, 51.

FRANKFURTER, Felix.: <<Taney and the Commerce Clause>>, en *Harvard Law Review*, 49.

FREUND, Ernst: *The police power. Public policy and constitutional rights*, Callaghan & Company, Chicago, 1904. Capítulo I.

FRIEDMAN, Barry y LAKIER, Genevieve: <<“To Regulate”, not “To Prohibit”: Limiting the Commerce Power>>, en *Supreme Court Review*, Vol. 2012, 2012.

FUERTES SUÁREZ, José Luis: *El proyecto de Ley orgánica de armonización del proceso autonómico*, Instituto de estudios Económicos, Madrid, 1982.

GANOE, John T.: <<The Roosevelt Court and the commerce clause>>, en *Oregon Law Review*, Vol. XXIV, Núm. 2.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: <<Estudio preliminar>>, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (Coord.): *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución Española*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: <<Prólogo>>, en BORRAJO INIESTA, Ignacio: *Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio en la*

Constitución de EE.UU., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª Edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2013.

GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción: *El recurso de inconstitucionalidad: el proceso directo de inconstitucionalidad*. Editorial Trivium, Madrid, 1992.

GARCÍA MORALES, María Jesús: <<La colaboración a examen. Retos y riesgos de las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico>>, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 86, p. 65-117.

GARCÍA ROCA, Javier: <<Sobre el Estado de tres términos y la dimensión hermenéutica constitucional que introduce el nuevo conflicto en defensa de la autonomía local >>, en VV.AA.: *El desarrollo del Gobierno Local (una aproximación doctrinal)*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1999.

GARCÍA ROCA, Javier: <<Estatalidad versus soberanía (Integración comunitaria y relaciones de competencia entre ordenamientos)>>, en PÉREZ CALVO, Alberto (Coord.): *Estado, Nación y Soberanía (Problemas actuales en Europa)*, Senado, Madrid, 2000, pp. 291–311.

GARCÍA ROCA, Javier: <<Conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Supremo: la competencia diferenciada entre las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa>>, en *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm. 62, 2002, pp. 89-134.

GARCÍA ROCA, Javier: *La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España*. Porrúa, México D.F., 2009.

GARCÍA ROCA, Javier: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Cizur Menor: Civitas, 2010.

GARCÍA ROCA, Javier: <<El intérprete supremo de la constitución abierta y la función bilateral de los estatutos: o la insoportable levedad del poder de reforma constitucional>>, en *Revista catalana de dret públic*, Núm. 43, 2011, pp. 87-120.

GARCÍA ROCA, Javier y MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel: <<El impacto de la crisis en nuestras dos constituciones>>, en *Documentación Administrativa. Nueva época*, Núm. 1, 2014, pp. 1-16.

GARCÍA VITORIA, Ignacio: *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

GEY, Steven G.: <<The political economy of the dormant commerce clause>>, en *New York University Review of Law and Social Change*, 17.

GIL-ROBLES GIL-DELGADO, José María: <<El principio de subsidiariedad en la construcción europea>>, en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 2, 1993, pp. 7-26.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael: <<Bases y ordenación general de la economía>>, en PÉREZ CALVO, Alberto (Coord.): *Normativa básica en el ordenamiento español*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: <<El TJCE confirma su jurisprudencia favorable a las alegaciones relativas a la salud en el etiquetado de los productos alimenticios: la sentencia “Dyna Svelte Café”>>, en *Unión Europea Aranzadi*, Núm. 1, 2005, p. 11-23.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: <<La sentencia Ludwigs–Apotheke, relativa a la publicidad de los medicamentos: ¿dónde estás, “Keck y Mithouard”?>>.

en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, Núm. 25, 2008, pp. 67-85

GOUCHA SOARES, António: <<Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity>>, en *European Law Review*, Núm. 23, 1998, p. 132-145.

HÄBERLE, Peter: *Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità: convergenze e divergenze*, Conferencia dictada en la Ciudad de México y Bolonia los meses de febrero y abril de 2004. Texto disponible en <https://goo.gl/NZWh82>

HÄBERLE, Peter: "Siete tesis para una teoría constitucional del mercado", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Núm. 5, 2006.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John: *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2001, Capítulo XLV.

HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2006.

HOTTENSTEIN, Michael S.: <<The Sherman Anti-trust Law>>, en *American Law Review*, 44, 1910.

HUICI SANCHO, Laura: <<La interpretación del principio de subsidiariedad por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas>>, en OLESTI RAYO, Andreu (Coord.): *La incidencia del Tratado de Lisboa en el ejercicio de las competencias autonómicas*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona 2010.

IRTI, Natalino: *L'ordine giuridico del mercato*, Editori Laterza, Roma-Bari, Quinta Edición, 2003.

JACKSON, John: <<Sovereignty-Modern: a new approach to an outdated concept>>, en *American Journal of International Law*, 97(4), 2003, pp. 782-802.

JACOBS, Francis y KARST, Kenneth: <<The Federal Legal Order, The U.S.A. and Europe compared: A juridical perspective>>, en CAPPELLETTI, Mauro, *et al.*, (Eds.): *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*. Volumen. 1, Walter de Gruyter, Berlin y Nueva York, 1986.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 199.

JENNINGS, Marianne, y RAZOOK, Nim: <<United States v. Morrison: Where the Commerce Clause Meets Civil Rights and Reasonable Minds Part Ways: A Point and Counterpoint from a Constitutional and Social Perspective>>, en *New England Law Review*, Vol. 35, 2000-20012;

JOERGES, Christian: <<States without a market? Comments on the German Constitutional Court's Maastricht-Judgement and a plea for interdisciplinary discourses>>, en *European Integration online Papers*, 1(20), 1997. Documento digital disponible en <http://goo.gl/jucioe>

KOLODKO, Grzegorz: *Globalisation and Transformation. Ilusions and Reality*, Warsaw, Transformation, Integration and Globalization Economic Research Working paper, 2001. Texto disponible en <http://goo.gl/Mus2Nn>

KOUTRAKOS, Panos: <<On groceries, alcohol and olive oil: more on free movement of goods after Keck>>, en *European Law Review*, Vol. 26., 2001, pp. 391-407.

KRAMER, Larry: <<Putting the politics back into the political safeguards of Federalism>>, en *Columbia Law Review*, Núm. 100, 2000, p. 215-293.

- KRISLOV, Samuel; EHLERMANN, Klaus Diettel; y WEILER, Joseph: <<The Political Organs and the Decision-Making Process in the United States and the European Community>>, en CAPPELLETTI, Mauro, *et al.*, (Eds.): *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*. Volumen. 1, Walter de Gruyter, Berlin y Nueva York, 1986.
- LACOUR, Vanue B.: <<The misunderstanding and misuse of the commerce clause>>, en *Southern University Law Review*, 30.
- LASO PÉREZ, Javier: *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Colex, Madrid, 2000.
- LAWRENCE, Michael, A.: <<Toward a more coherent dormant commerce clause: a proposed unitary framework>>, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Núm. 21, 1998.
- LAY, George C. <<The commerce clause of the Constitution- its history and development>>, en *The American Law Review*, Vol. 60, 1926.
- LEUCHTEMBURG, William E.: <<The origins of Franklin D. Roosevelt's "Court-Packing" Plan>>, en *The Supreme Court Review*, 1966.
- LÓPEZ GUERRA, Luis: <<La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1>>, en VV.AA.: *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias: Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1992.
- LÓPEZ GUERRA, Luis: <<Algunas propuestas sobre los conflictos positivos de competencia>>, en VV.AA.: *La jurisdicción constitucional en España: la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- LOWI, Theodore, The end of liberalism. The second republic of the United States, citado en MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *La administración*

por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

MANN, Richard: <<The affecting commerce test: the aftermath of McLain>>, en *Houston Law Review*, Vol. 24, 1987.

MADARIAGA Y ROJO, Salvador de: *Memorias de un federalista*, Espasa Calpe, Madrid, 1977.

MARCOS, Francisco: *A vueltas con la “unidad de mercado nacional”*, IE Law School, Madrid, 2011. Texto disponible en <http://goo.gl/bo7NyR>

MASHAW, Jerry L.: <<Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decision>>, en *Journal of Law, Economics and Organization*, Núm. 1, 1985, pp. 81-100.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea. Germen iusinternacionalista versus vocación federal*. Madrid. McGraw-Hill, 1997.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, Javier: <<La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia>>, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 12, 2002, p. 343-391.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: <<Comunidades Autónomas y Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sobre los riesgos de una reforma del Estado autonómico sin reformar la Constitución>>, en *Civitas, Revista Española de Derecho Europeo*, 33, 2010, pp. 45–90.

MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995

- MORTELMANS, Kamiel: <<Article 30 of the EC Treaty and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition?>>, en *Common Market Law Review*, Núm. 28, 1991.
- MORTELMANS, Kamiel: <<The Common Market, the Internal Market and the Single Market, What's in a Market?>>, en *Common Market Law Review*, 35, 1998.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Tomo I, Iustel, Madrid, 2007.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Crítica Editorial, Barcelona, 2012.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: <<Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado>>, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 163, 2014 pp. 11-22.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba:<<La termita Bolkestein>>, en *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, Núm. 22, 2011.
- OATES, Wallace: *Federalismo fiscal*. Traducción del Instituto de Estudios de Administración Local, 1972.
- OJEDA MARÍN, Alfonso Luis: *El contenido económico de las Constituciones modernas*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1990.
- OLIVER, Peter: *Free Movement of Goods in the European Community under Articles 28 to 30 of the EC Treaty*, Sweet & Maxwell, Londres, 2003.
- ORDOÑEZ SOLÍS, David: <<La obligación de interpretar el Derecho Nacional de conformidad con el Derecho Comunitario Europeo>>, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2002, pp. 2329-2354.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: <<Legislación básica y Estatutos de Autonomía>>, en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis; SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José; y

- ARBÓS MARÍN, Xavier: *Legislación Básica y Estatutos de Autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 9-65.
- PASCUA MATEO, Fabio: <<Las leyes de armonización: esbozo de una construcción dogmática>>, en *Revista de Administración Pública*, Núm. 167, 2005, pp. 147-192.
- PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo: *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, CEDAM, Padova, 2007.
- PELKMAN, Jacques: <<Economic Theories of Integration Revisited>>, en *Journal of Common Market Studies*, Núm. 4, 1980, pp. 333-354.
- PELKMAN, Jacques: *Market integration in the European Community*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1984.
- PELKMAN, Jacques: <<Economic Concept and Meaning of the Internal Market>>, en PELKMAN, Jacques; HANF, Dominik; y CHANG, Michele (Eds.): *The EU Internal Market in Comparative Perspective. Economic, Political and Legal Analyses*, Peter Lang, Bruselas, 2008, pp. 29-76.
- PEMÁN GAVÍN, Juan: *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*. Madrid, Civitas, 1992.
- PEREIRA CASTAÑARES, Juan Carlos (Coord.): *Diccionario de relaciones internacionales y política exterior*, Ariel-Ministerio de Defensa, Madrid, 2008.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel: <<La incidencia del principio de subsidiariedad en las regiones>>, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José (Coord.): *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*. Madrid. Iustel, 2008, pp. 295–308.
- POIARES MADURO, Miguel: *We the Court. The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Oxford. Hart, 1997.

- POIARES MADURO, Miguel: <<Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism>>, en *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, Issue 2, 2007.
- POWELL, Thomas R.: *Vagaries and varieties in constitutional interpretation*, Columbia University Press, New York, 1956.
- PRICE, Elisabeth: <<Constitutional fidelity and the Commerce Clause: a reply to professor Ackerman>>, en *Syracuse Law Review*, 48.
- PURSHAW, Robert: <<The medical marijuana case: a Commerce Clause counter-revolution?>>, en *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 9, 2005, p. 879-914.
- RABIN, Robert: <<Federal Regulation in Historical Perspective>>, en *Stanford Law Review*, Vol. 38, 1986.
- RASTROLLO SUÁREZ, Juan José: <<Ordenanza municipal y unidad de mercado>>, en ALONSO MAS, María José (Dir.): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado*, La Ley, 2014, Madrid, pp. 355-387.
- REBOLLO PUIG, Manuel: <<La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado. En especial, los principios de necesidad y de eficacia nacional y su repercusión sobre las Comunidades Autónomas>>, en AJA FERNÁNDEZ, Eliseo; GARCÍA ROCA, Javier; y MONTILLA MARTOS, José Antonio: *Informe Comunidades Autónomas 2014*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2015, pp. 73-101.
- REGAN, Donald: <<The Supreme Court and the State Protectionism: Making sense of the dormant commerce clause>>, en *Michigan Law Review*, Vol. 84, 1985.
- REY MARTÍNEZ, Fernando: <<United States v. Lopez y el “nuevo federalismo” norteamericano>>, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 51.

- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: <<La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas>>, en VV.AA.: *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1993, pp. 201-254.
- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Myriam: <<Subsidiariedad, nuevos intérpretes, nuevas interpretaciones>>, en MATIA PORTILLA, Francisco Javier (Dir.): *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*. Granada, Comares, 2009, pp. 53-64.
- ROSINO CALLE, Roberto Carlos: <<Los dictámenes del Consejo de Estado y del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado>>, en *Teoría y Realidad Constitucional*, Núm. 34, 2014, p. 627-638.
- ROTUNDA, Ronald D.: <<The Commerce Clause, the political question doctrine and Morrison>>, en *Constitutional commentary*, Núm. 18, 2001, p. 320.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: <<La libertad de empresa en la Constitución>>, en IGLESIAS PRADA, Juan Luis (Coord.): *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: *Los límites constitucionales del Estado Autónomo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- SÁINZ MORENO, Fernando: <<El principio de unidad del orden económico y su aplicación por la jurisprudencia constitucional>>, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Dir.): *Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1989, pp. 246 y ss.
- SÁNCHEZ RUIZ, Ana: *Federalismo e integración europea. La distribución de competencias en los sistemas alemán y comunitario*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.

- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: <<El contencioso de la unidad de mercado>>, en ALONSO MAS, María José (Dir.): *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la unidad de mercado*. La Ley, Madrid, 2014, pp. 935-981.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel: <<Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución española>>, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 15, 2005, pp. 375-411.
- SCHILLING, Theodor: *Subsidiarity as a rule and a principle or taking subsidiarity seriously*, Harvard Jean Monnet Working Paper 10/95, Harvard Law School, Cambridge.
- SCHÜTZE, Robert: <<Supremacy without Pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community Pre-emption>>, en *Common Market Law Review*, 43, 2006, pp. 1023-1048.
- SCHWARTZ, Bernard: *A History of Supreme Court*, Oxford University Press, New York, 1993
- SMITH, Michael: <<State Discrimination Against Interstate Commerce>>, en *California Law Review*, Vol. 74, 1986.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José: *Bases constitucionales para una posible política sanitaria en el Estado Autonómico*. Fundación Alternativas, 2006.
- STALIN, Joseph: *El marxismo y la cuestión nacional*, Fundamentos, D.L., Madrid, 1976.
- STREIT, Manfred y MUSSLER, Werner: <<The Economic Constitution of the European Community: From “Rome” to “Maastricht”>>, *European Law Journal*, 1(1), 1995, pp. 5-30.
- TEMPLE LANG, John: <<Developments, Issues, and New Remedies – The Duties of National Authorities and Courts Under Article 10 of the EC

- Treaty>>, en *Fordham International Law Journal*, 27(6), 2003, p. 1904-1939.
- TENA PIAZUELO, Vitelio: *La unidad de mercado en el Estado Autonómico*, Escuela Libre editorial, Madrid, 1997.
- TORNOS MAS, Joaquín: <<La Ley 20/2013 de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia>>, en *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 19, 2014, pp. 144-177.
- TRIBE, Laurence: *American Constitutional Law*, Segunda Edición, Fundation Press, Nueva York, 1988.
- TRIDIMAS, Takis: *The General Principles of EC Law*. Oxford y Nueva York. Oxford University Press, 1999.
- TRYFONIDOU, Alina: <<Reverse discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizen's Europe>>, en *Legal Issues of economic integration*, 35(1), 2008, pp. 43-67.
- TRYFONIDOU, Alina: <<Further steps on the road to convergence among the market freedoms>>, en *European Law Review*, Núm. 35, 2010.
- TUSHNET, Mark: <<Rethinking the Dormant Commerce Clause>>, en *Wisconsin Law Review*, Núm. 125, 1979.
- VEDASCHI, Arianna: <<L'ouverture del Tribunale federale svizzero alla giurisprudenza delle Corti europee>>, en VV.AA.: *Corti nazionali e Corti europee*, Edizioni Scientifiche Italiani, Nápoles, 2006.
- VERGOTTINI, Giuseppe de: *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- VILLALTA PUIG, Gonzalo: *The High Court of Australia and the section 92 of the Australian Constitution*, Thomson Reuters Lawbook Co., Sidney, 2008

VILLAR PALASÍ, José Luis y SUÑE LLINAS, Emilio: <<Artículo 150. Leyes marco, leyes orgánicas de transferencia o delegación y leyes de armonización>>, en Dir. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, 1999, Tomo XI.

VIVER PI I SUNYER, Carles: *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1988.

VIVER PI I SUNYER, Carles: <<La libertad de circulación y de establecimiento de las personas y la libertad de circulación de bienes (art. 139.2 CE)>>, en VV.AA.: *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias: seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*, Barcelona, Instituto de Estudios Autonómicos, 1992.

VIVER PI I SUNYER, Carles: <<Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?>>, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 97, 2013, pp. 13–44.

VON BOGDANDY, Armin y BAST, Jürgen: <<El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma>>, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y ALONSO GARCÍA, Ricardo (Dirs.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea, Seminario Internacional organizado por el Colegio Libre de Eméritos en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en Madrid, los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2001*. Madrid. Civitas, 2002.

WAELEBROECK, Michel: <<The emergent doctrine of Community Pre-Emption – Consent and Re-Delegation>>, en SANDALOW, Terence y STEIN, Eric (Eds.): *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 548-580.

WEATHERHILL, Stephen: <<After Keck: Some thoughts on how to clarify the clarification>>, en *Common Market Law Review*, Vol. 33, 1996, pp. 885-906.

WEILER, Joseph: <<The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of Free Movement of Goods>>, en CRAIG, Paul; y DE BÚRCA, Grainne: *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

WERHAN, Keith: <<Checking Congress and Balancing Federalism: A Lesson from Separation-of-Powers Jurisprudence>>, en *Washington & Lee Law Review*, Vol. 57, 2000.

WESCHLER, Herbert: <<The political safeguards of federalism: The role of the States in the composition and selection of the National Government>>, en *Columbia Law Review*, Vol. 54, 1954, p. 558.

WIEBE, Robert: *Businessmen and reform: A study of the progressive movement*, Harvard University Press, Cambridge, 1962.

LISTADO DE JURISPRUDENCIA

Tribunal	Asunto	Fecha
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>McCulloch v. Maryland</i> 17 U.S. 316	1819
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Gibbons v. Ogden</i> 22 U.S. 1	1824
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Brown v. State of Maryland</i> 25 U.S. 419	1827
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Pierce v New Hampshire</i> 46 U.S. 504	1847
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia</i> 53, U.S. 299	1852
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>State Tax on Railway Gross Receipts</i> 82 U.S. 284	1872
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Coe v. Errol</i> 116 U.S. 517	1886
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Wabash St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois</i> 118 U.S. 557	1886
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>California v. Central Pacific Railway Company</i> 127 U.S. 1	1888
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Kidd v. Pearson</i> 128 U.S. 1	1888
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Leisy v. Hardin</i> 135 U.S. 100	1889
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Cherokee Nation v. Southern Texas Railway Company</i> 135 U.S. 641	1890
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>United States v. E. C. Knight Co.</i> 153 U.S. 1	1895
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Addyston Pipe & Steel Company v. United States</i> 175 U.S. 211	1899
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Champion v. Ames</i> 188 U.S. 321	1903
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Montague & Company v. Lowry</i> 193 U.S. 38	1904
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Northern Securities Company v. United States</i> 193 U.S. 197	1904
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Lochner v. People of State of New York</i> 198 U.S. 45	1905
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Howard v. Illinois Central Railway Company</i> 207 U.S. 463	1908
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Hipolite Egg Co. v United States</i> 220 U.S. 45	1911
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Hoke v. United States</i> 227 U.S. 308	1913
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Shreveport Cases</i> 234 U.S. 342	1914
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Hammer v. Dagenhart</i> 247 U.S. 251	1918

Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Bailey v. Drexel Furniture Co.</i> 259 U.S. 20	1922
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Di Santo v. Pennsylvania</i> 273 U.S. 34	1927
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Ligget Company v. Lee</i> 288 U.S. 517	1933
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Schechter Poultry Corporation. v. United States</i> 295 U.S. 495	1935
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Baldwin v. G. A. F. Seelig, Inc.</i> 294 U.S. 511	1935
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Carter v. Carter Coal Company</i> 298 U.S. 238	1936
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Morehead v. Tipaldo</i> 298 U.S. 587	1936
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation</i> 301 U.S. 1	1937
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>National Labor Relations Board v. Fruehauf Trailer Co.</i> 301 U.S. 49	1937
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>National Labor Relations Board v. Friedman-Harry Marks Clothing Company</i> 301 U.S. 58	1937
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>South Carolina Highway Department v. Barnwell Brothers</i> 303 U.S. 177	1938
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Milk Control Board of Pennsylvania v. Eisenberg Farm Products</i> 306 U.S. 346	1939
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>United States v. Darby</i> 312 U.S. 100	1941
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Kirschbaum v. Walling</i> 316 U.S. 517	1942
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Wickard v. Filburn</i> 317 U.S. 111	1942
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Swift and Co. v. United States</i> 276 U.S. 311	1942
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Walton v. Southern Package Corporation</i> 320 U.S. 540	1944
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Southern Pacific Company v. Arizona</i> 325 U.S. 761	1945
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Toomer v. Witsell</i> 334 U.S. 385	1948
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>H. P. Hood & Sons Inc. v. Du Mond</i> 336 U.S. 525	1949
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Panhandle Eastern Pipe Line Company v. Michigan Public Service Commission</i> 341 US 329	1950
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Dean Milk Company v. City of Madison</i> 340 U.S. 349	1951
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Comisión contra Italia</i> Asunto 7/61	1961
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Heart of Atlanta Motel v. United States</i> 379 U.S. 241	1964
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Katzenbach v. United States</i> 379 U.S. 294	1966
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Pike v. Church</i> 397 U.S. 137	1970

Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Perez v. United States</i> 402 U.S. 146	1971
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Grosoli</i> Asunto 131/73	1973
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Dassonville</i> Asunto 8/1974	1974
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Rewe Zentralfinanz contra Landwirtschaftskammer Bonn</i> Asunto 4/75	1975
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	Dictamen 1/75	1975
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>National League of Cities v. Uesery</i> 426 U.S. 833	1976
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>De Peijper</i> Asunto 104/75	1976
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Kramer</i> Asuntos acumulados 3, 4 y 6/76	1976
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Donckerwolcke</i> Asunto 41/76	1976
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Hunt v. Washington Apple Advertising Commission</i> 432 U.S. 333	1977
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Tedeschi contra Denkavit</i> Asunto 5/77	1977
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Raymond Motor Transportation Inc. v. Rice</i> 434 U.S. 429	1978
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>City of Philadelphia v. New Jersey</i> 437 U.S. 617	1978
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Simmenthal</i> Asunto 106/77	1978
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Francesco Bussone contra Ministerio Italiano de Agricultura</i> Asunto 31/78.	1978
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Hughes v. Oklahoma</i> 441 U.S. 322, 336	1979
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Cassis de Dijon</i> (Rewe-Zentrale AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein) Asunto 120/78	1979
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Grosoli</i>	1979

	Asunto 223/78.	
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Gilli & Andres</i> Asunto 788/79.	1980
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Comisión contra Reino Unido</i> Asunto 32/79.	1980
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Hodel v. Virginia Surface Mining and Reclamation Association Inc.</i> 452 U.S. 264	1981
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Comisión contra Reino Unido</i> Asunto 804/79	1981
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Comisión contra Irlanda</i> Asunto 113/80	1981
Tribunal Constitucional	STC 37/1981	1981
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Comisión contra Reino Unido</i> Asunto 40/82	1982
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Buy Irish</i> Asunto 249/81	1982
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Oosthoek</i> Asunto 286/81	1982
Tribunal Constitucional	STC 1/1982	1982
Tribunal Constitucional	STC 32/1982	1982
Tribunal Constitucional	STC 54/1982	1982
Tribunal Constitucional	STC 71/1982	1982
Tribunal Constitucional	STC 42/1982	1982
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Equal Employment Opportunity Commission v. Wyoming</i> 460 U.S. 226	1983
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Apple and Pear Development Council v. K. Lewis Ltd. and others</i> Asunto 222/82	1983
Tribunal Constitucional	STC 32/1983	1983
Tribunal Constitucional	STC 76/1983	1983
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>South-Central Timber Development Inc. v. Wunnicke</i> 467 U.S. 82	1984
Tribunal Constitucional	STC 83/1984	1984
Tribunal Constitucional	STC 96/1984	1984
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority</i> 469 U.S. 528	1985
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Comisión contra Reino Unido</i> Asunto 207/83	1985
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Man (Sugar) contra IBAP.</i> Asunto 181/84	1985
Tribunal Constitucional	STC 87/1985	1985
Tribunal Constitucional	STC 102/1985	1985
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Maine v. Taylor</i> 477 U.S. 131	1986

Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Brown-Forman Distillers v. New York Liquor Authority</i> 476 U.S. 573	1986
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Tezi contra Comisión</i> Asunto 59/84.	1986
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Conegate</i> Asunto 121/85.	1986
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Société Coopérative des Laboratoires de Pharmacie</i> Asuntos acumulados 87 y 88/85.	1986
Tribunal Constitucional	STC 8/1986	1986
Tribunal Constitucional	STC 29/1986	1986
Tribunal Constitucional	STC 88/1986	1986
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Tyler Pipe Industries, Inc. v. Washington State Department of Revenue</i> 483 U.S. 232, 262	1987
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>CTS Corp. v. Dynamics Corp. of America</i> 481 U.S. 69	1987
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Mathot</i> Asunto, 98/86.	1987
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Comisión contra Alemania</i> Asunto 178/84.	1987
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>New Energy Company V. Limbach</i> 486 U.S. 269	1988
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Grecia contra Consejo</i> Asunto 204/86.	1988
Tribunal Constitucional	STC 52/1988	1988
Tribunal Constitucional	ATC 886/1988	1988
Tribunal Constitucional	STC 186/1988	1988
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Healy v. Beer Institute, Inc.</i> 491 U.S. 324	1989
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Zwartveld</i> Asunto 2/88	1990
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Krantz</i> Asunto 69/1988	1990
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Comisión contra Alemania</i> Asunto 217/88	1990
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Pall</i> Asunto 238/89.	1990
Tribunal Constitucional	STC, 64/1990	1990
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Monteil et Samanni</i> Asunto C-60/89	1991
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Aragonesa de Publicidad</i> Asuntos acumulados 1/90 y 176/90	1991
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Parlamento contra Consejo</i> Asunto 70/88	1991
Tribunal Constitucional	ATC 86/1991	1991
Tribunal Constitucional	STC 66/1991	1991
Tribunal Constitucional	STC 136/1991	1991
Tribunal Constitucional	STC 225/1993	1991

Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>New York v. United States</i> 505 U.S. 144	1992
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Chemical Waste Management Inc. v. Hunt</i> 504 U.S. 334	1992
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Comisión contra Bélgica</i> Asunto C-2/90	1992
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Yves Rocher</i> Asunto 126/91	1993
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte Gallaher Ltd., Imperial Tobacco Ltd. And Rothmans International Tobacco (UK) Ltd.</i> Asunto C-11/92	1993
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Keck y Mithouard</i> Asuntos acumulados 267/91 y 268/91.	1993
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Ligur Carni</i> Asuntos acumulados 277/91, 318/91 y 319/91	1993
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	Huenermund Asunto 292/92	1993
Tribunal Constitucional	STC 227/1993	1993
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Oregon Waste Systems, Inc. v. Department of Environmental Quality of Oregon</i> 511 U.S. 93	1994
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>C&A Carbone, Inc. v. Town of Clarkstown</i> 511 U.S. 383	1994
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Clinique</i> Asunto 315/92.	1994
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Tankstation "t Heikske y Boerman</i> Asuntos acumulados C-401/92 y C-402/92	1994
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Van der Velt</i> Asunto 17/93.	1994
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Lancry</i> Asuntos acumulados 363, 407, 408, 409, 410 y 411/93.	1994
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Alemania contra Consejo</i> Asunto 280/93	1994
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Crespelle</i> Asunto 323/93.	1994
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Ortscheit</i> Asunto 320/93.	1994
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>United States v. Lopez</i> 514 U.S. 549	1995
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Comisión contra Grecia</i> Asunto 391/92	1995
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Comisión contra Alemania</i> Asunto 51/94	1995
Tribunal Constitucional	STC 66/1995	1995
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Hedley Lomas</i> Asunto 5/94	1996
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Reino Unido contra Consejo</i> Asunto 84/94	1996
Tribunal Constitucional	STC 96/1996	1996
Tribunal Constitucional	STC 147/1996	1996
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Printz v. United States</i> 521 U.S. 898	1997

Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>USSL contra INAIL</i> Asunto 134/95	1997
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Pistre</i> Asuntos acumulados 321, 322, 323 y 324/1994.	1997
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Alemania contra Parlamento y Consejo Europeos</i> Asunto 233/94	1997
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Familiapress</i> Asunto 368/95	1997
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>De Agostini</i> Asuntos acumulados 34, 35 y 36/95	1997
Tribunal Constitucional	STC 61/1997	1997
Tribunal Constitucional	STC 173/1998	1998
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Basf</i> Asunto 44/1998	1999
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>United States v. Morrison</i> 529 U.S. 598	2000
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>TK Heimdienst</i> Asunto 254/98	2000
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Gourmet</i> Asunto 405/98	2001
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>British American Tobacco</i> Asunto 491/2001	2002
Tribunal Constitucional	STC 37/2002	2002
Tribunal Constitucional	STC 96/2002	2002
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Annie Pansard</i> Asunto 265/01	2003
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>0800 DocMorris NV</i> Asunto C-322/01	2003
Tribunal Constitucional	STC 109/2003	2003
Tribunal Constitucional	STC 124/2003	2003
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Industrias de Deshidratación Agrícola SA v. Administración del Estado</i> Asunto C-118/02	2004
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Dyna Svelte Koffie</i> Asunto C-239/02	2004
Tribunal Constitucional	STC 58/2004	2004
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>Gonzales v. Raich</i> 545 U.S. 1	2005
Tribunal Constitucional	STC 173/2005	2005
Tribunal Constitucional	STC 247/2007	2005
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>A-Punkt</i> Asunto C-441/04.	2006
Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América	<i>United Haulers Ass'n v. Oneida-Herkimer Solid Waste Management Authority</i> 550 U.S. 330	2007
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Flemish Care Insurance</i> Asunto C-212/06	2008
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Parlamento contra Consejo</i> Asunto 133/06	2008

Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Mickelsson</i> Asunto C-142/05	2009
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Comisión contra Italia</i> Asunto C-110/05	2009
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Comisión contra Portugal</i> Asunto C-265/06	2009
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Bonnarde</i> Asunto C-443/10	2011
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	<i>Comisión contra España</i> Asunto C-400/08	2011